



# Institutional Repository - Research Portal Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche

researchportal.unamur.be

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **La protection des données à caractère personnel en droit européen - Chronique de jurisprudence (2018)**

Herveg, Jean; Van Gyseghem, Jean-Marc

*Published in:*

Journal européen des droits de l'homme

*Publication date:*

2019

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Herveg, J & Van Gyseghem, J-M 2019, 'La protection des données à caractère personnel en droit européen - Chronique de jurisprudence (2018): Personal data protection in European law - Column of case-law (2018)', *Journal européen des droits de l'homme*, Numéro 1, p. 33-88.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## La protection des données à caractère personnel en droit européen – Chronique de jurisprudence (2018)

## Personal Data Protection in European Law – Column of case-law (2018)

Jean Herveg & Jean-Marc Van Gyseghem<sup>1</sup>

### Résumé

*La chronique analyse la contribution de la Cour européenne des droits de l'homme et des juridictions de l'Union européenne à la protection des données pour l'année 2018.*

*La Cour européenne des droits de l'homme a fermement rappelé le principe de la confidentialité de toutes les communications, ainsi que les règles en matière de protection des individus contre les mesures de surveillance de toutes sortes et contre les perquisitions informatiques. Sa jurisprudence a également concerné la protection des données relatives à la santé et les litiges en matière de filiation, ainsi que le difficile équilibre entre liberté d'expression et respect de la vie privée.*

*En ce qui concerne la Cour de justice de l'Union européenne, les arrêts en matière de protection des données à caractère personnel (qui sont nettement moins nombreux que ceux de la Cour européenne des droits de l'homme) ont abordé plusieurs aspects de la directive 95/46/CE tels que son champ d'application matériel, le droit de recours juridictionnel, la conservation des données, etc. Il est utile de rappeler que, si les arrêts concernent la directive 95/46/CE, ils sont, mutatis mutandis, transposables au règlement général sur la protection des données (RGPD) dès lors que les principes relatifs à la protection des données n'ont pas été modifiés.*

### Abstract

*The column analyses the contribution of the European Court of Human Rights and the Courts of the European Union to data protection for the year 2018.*

*The European Court of Human Rights has strongly reiterated the principle of confidentiality of all communications, as well as the rules on the protection of individuals against surveillance measures of all kinds and against computer searches. Its case law has also concerned the protection of personal data concerning health and filiation disputes, as well as the difficult balance between freedom of expression and respect for private life.*

*As far as the European Court of Justice is concerned, judgments on the protection of personal data (which are significantly less numerous than those of the European Court of Human Rights) have addressed several aspects of Directive 95/46/EC such as its material scope, the right to judicial review, data retention, etc. It is worth recalling that, while the judgments concern Directive 95/46/EC, they are, mutatis mutandis, transposable to the General Data Protection Regulation (GDPR) insofar as the principles relating to data protection have not been amended.*

<sup>1</sup> This work has been done with the financial support from the European Union's Horizon 2020 research and innovation program under Grant Agreements n° 830892 (SPARTA) & 730953 (Inspex) and in part by the Swiss Secretariat for Education, Research and Innovation (SERI) under Grant 16.0136 730953. La publication ne reflète que l'opinion de ses auteurs et la Commission européenne ne peut être tenue responsable de l'usage qui en serait fait.

## I. La protection des données dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

### A. L'UTILISATION DE DONNÉES ET LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE

La simple conservation de données relatives à la vie privée constitue une ingérence au sens de l'article 8. L'usage ultérieur de ces données ne change rien à ce constat. Toutefois, afin de savoir si les données personnelles conservées par les autorités impliquent un des aspects de la vie privée, la Cour prend en compte le contexte dans lequel les données ont été enregistrées et conservées, la nature des données, la manière dont les données sont utilisées et traitées, ainsi que ce qui peut en être tiré<sup>2</sup>.

En outre, des données publiques peuvent entrer dans le champ de la vie privée dans les cas où elles sont systématiquement collectées et stockées dans des fichiers détenus par les autorités. C'est d'autant plus le cas lorsque de telles données concernent le passé lointain d'une personne<sup>3</sup>.

### B. LA PROTECTION DE LA CONFIDENTIALITÉ DES COMMUNICATIONS SOUS TOUTES LEURS FORMES

La Cour a répété sa jurisprudence constante : l'article 8 de la Convention protège la confidentialité de toutes les communications, quel que soit le contenu de la correspondance dont il est question et quelle que soit la forme qu'elle emprunte. C'est donc la confidentialité de tous les échanges auxquels les individus peuvent se livrer à des fins de communication qui se trouve garantie par l'article 8 – en ce compris lorsque l'expéditeur ou le destinataire est un détenu<sup>4</sup>.

Les conversations téléphoniques sont donc couvertes par les notions de vie privée et de correspondance<sup>5</sup>.

Une feuille de papier pliée en deux, sur laquelle un avocat a écrit un message, remis par cet avocat à ses clients, est une correspondance protégée au sens de l'article 8 de la Convention. Partant, constitue une ingérence dans le droit au respect de la correspondance entre un avocat et ses clients le fait, pour un policier, d'intercepter les notes rédigées par cet avocat et puis remises à ses clients<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Cour eur. D.H., décision du 19 juin 2018, n° 8630/11, *Suprunenko c. Russie*, § 59.

<sup>3</sup> *Ibid.*, § 60.

<sup>4</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 24 mai 2018, n° 28798/13, *Laurent c. France*, § 35. Voy. l'arrêt du 22 novembre 2018 (n° 13124/08, *Bosyy c. Ukraine*), à propos du contrôle et de l'interception de la correspondance en prison, ainsi que l'arrêt du 18 décembre 2018 (n° 36853/09, *Smirnov c. Ukraine*), également à propos du contrôle de la correspondance d'un prisonnier.

<sup>5</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 4 décembre 2018, n° 66640/12, *Stana c. Roumanie*, § 19.

<sup>6</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 24 mai 2018, n° 28798/13, *Laurent c. France*, § 36.

Les autorités pénitentiaires ne peuvent ouvrir la lettre d'un avocat à un détenu que si elles ont des motifs plausibles de penser qu'il y figure un élément illicite non révélé par les moyens normaux de détection. Il y a lieu de fournir des garanties appropriées pour en empêcher la lecture, par exemple l'ouverture de l'enveloppe en présence du détenu. Quant à la lecture du courrier d'un détenu à destination ou en provenance d'un avocat, elle ne devrait être autorisée que dans des cas exceptionnels, si les autorités ont lieu de croire à un abus du privilège en ce que le contenu de la lettre menacerait la sécurité de l'établissement ou d'autrui ou revêtait un caractère délictueux d'une autre manière. Le caractère « plausible » des motifs dépend de l'ensemble des circonstances mais il présuppose des faits ou renseignements propres à persuader un observateur objectif que l'on abuse de cette voie privilégiée de communication<sup>7</sup>.

## C. LA PROTECTION CONTRE LES MESURES DE SURVEILLANCE SECRÈTES

La Cour a rappelé les principes généraux applicables en matière de mesures secrètes de surveillance en ce compris l'interception de communications<sup>8</sup>. Cette affaire a toutefois été renvoyée devant la Grande Chambre.

### 1. *La qualité de victime en raison d'une suspicion de surveillance*

Un requérant peut prétendre être victime d'une violation de l'article 8 du fait de la simple existence de mesures de surveillance secrètes ou d'une législation le permettant, si les conditions suivantes sont remplies<sup>9</sup>.

En premier lieu, il est tenu compte du champ d'application de la législation permettant les mesures de surveillance secrète en examinant si le demandeur peut éventuellement être affecté par celle-ci, soit parce qu'il appartient à un groupe de personnes visées par la législation litigieuse, soit parce que la législation affecte directement tous les utilisateurs de services de communication en instituant un système dans lequel toute personne peut voir ses communications être interceptées<sup>10</sup>.

Deuxièmement, l'existence de voies de recours est prise en compte. Le niveau du contrôle par la Cour dépend de l'efficacité de ces recours. Lorsque le système national n'offre pas de recours effectif à la personne qui pense être soumise à une surveillance secrète, les soupçons généralisés et l'inquiétude du public quant à l'utilisation abusive des pouvoirs de surveillance secrète ne peuvent être qualifiés d'injustifiés. Dans de telles circonstances, la menace de la surveillance peut en

<sup>7</sup> *Ibid.*, § 44.

<sup>8</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 13 septembre 2018, n°s 58170/13, 62322/14 et 24960/15, *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni*, voy. les §§ 303 et s.

<sup>9</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 19 juin 2018, n° 35252/08, *Centrum för Rättvisa c. Suède*, § 90.

<sup>10</sup> *Ibid.*, § 91.

soi restreindre la libre communication par le biais des services postaux et de télécommunication, constituant ainsi pour tous les utilisateurs actuels ou potentiels une ingérence directe dans le droit garanti par l'article 8. Un contrôle accru par la Cour est donc nécessaire et une exception à la règle qui prive les individus du droit de contester une loi *in abstracto*, se justifie. Dans de tels cas, l'individu n'a pas à démontrer qu'il existe un risque que des mesures de surveillance secrètes lui soient effectivement appliquées<sup>11</sup>.

En revanche, si le système national prévoit des recours efficaces, il est plus difficile de justifier une suspicion d'abus. Dans ce cas, l'individu peut prétendre être victime d'une violation résultant de la simple existence de mesures secrètes ou d'une législation n'autorisant ces mesures secrètes que s'il est capable de démontrer que, en raison de sa situation personnelle, il risque de faire l'objet de telles mesures<sup>12</sup>.

## 2. La prévisibilité de la loi en matière d'interception de communications

La référence à la «prévisibilité» dans le contexte de l'interception de communications téléphoniques ne peut pas être la même que dans de nombreux autres domaines. La prévisibilité dans le contexte particulier des mesures de surveillance secrètes ne signifie pas qu'une personne devrait pouvoir prévoir quand les autorités sont susceptibles d'intercepter des communications afin de pouvoir adapter son comportement en conséquence. Cependant, en particulier lorsqu'un pouvoir dévolu à l'exécutif est exercé en secret, le risque d'arbitraire est évident. Il est donc essentiel de disposer de règles claires et détaillées sur l'interception des communications téléphoniques, d'autant plus que la technologie disponible est de plus en plus sophistiquée. Le droit interne doit être suffisamment clair pour donner aux citoyens une indication adéquate des circonstances et des conditions qui donnent aux autorités publiques le pouvoir de recourir à de telles mesures<sup>13</sup>.

De plus, étant donné que la mise en œuvre pratique de mesures de surveillance secrète des communications ne peut pas être contrôlée par les individus concernés ni par le grand public, il serait contraire aux exigences d'un État de droit de conférer au pouvoir exécutif ou au juge un pouvoir discrétionnaire illimité. En conséquence, la loi doit indiquer la portée de tout pouvoir discrétionnaire de ce type conféré aux autorités compétentes et la manière dont il est exercé, avec suffisamment de clarté pour offrir à la personne une protection adéquate contre l'ingérence arbitraire<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> *Ibid.*, § 92.

<sup>12</sup> *Ibid.*, § 93.

<sup>13</sup> *Ibid.*, § 101.

<sup>14</sup> *Ibid.*, § 102.

## 3. *Les garanties minimales contre les abus en matière de mesures de surveillance secrètes*

Dans sa jurisprudence sur les mesures de surveillance secrètes dans les enquêtes pénales, la Cour a déterminé les garanties minimales suivantes qui devraient être comprises dans la loi afin d'éviter les abus de pouvoir<sup>15</sup>:

- une description de la nature des infractions pouvant donner lieu à un ordre d'interception;
- une définition des catégories de personnes susceptibles de voir leurs communications être interceptées;
- une limite dans le temps de la durée des mesures;
- la procédure à suivre pour examiner, utiliser et conserver les données obtenues;
- les précautions à prendre lors de la communication des données à d'autres parties;
- et les circonstances dans lesquelles les enregistrements peuvent ou doivent être effacés ou détruits.

Étant donné le risque qu'un système de surveillance secrète mis en place pour protéger la sécurité nationale puisse saper, voire détruire la démocratie sous prétexte de la défendre, la Cour doit être convaincue qu'il existe des garanties suffisantes et efficaces contre les abus. Cette évaluation dépend de toutes les circonstances de l'affaire, telles que la nature, l'ampleur et la durée des mesures envisageables, les motifs pour les ordonner, les autorités compétentes pour les autoriser, les exécuter et les superviser, ainsi que le type de recours prévu par le droit national. Il convient de déterminer si les procédures de contrôle pour autoriser et mettre en œuvre ces mesures restrictives sont de nature à maintenir « l'ingérence » dans les limites de ce qui est « nécessaire dans une société démocratique »<sup>16</sup>.

## 4. *Le contrôle et la supervision des mesures de surveillance secrètes*

Le contrôle et la supervision des mesures de surveillance secrètes peuvent intervenir à trois étapes: d'abord lorsque la mesure de surveillance est autorisée, ensuite, pendant son exécution et, enfin, après sa réalisation.

En ce qui concerne les deux premières étapes, la nature et la logique même de la surveillance secrète exigent que non seulement la surveillance elle-même, mais aussi son contrôle, soient effectués à l'insu de l'individu. Par conséquent, la personne ne pouvant demander un recours effectif de son propre chef ou participer directement à une procédure de contrôle, il est essentiel que les procédures établies offrent elles-mêmes des garanties suffisantes et équivalentes pour la

<sup>15</sup> *Ibid.*, § 103.

<sup>16</sup> *Ibid.*, § 104.

sauvegarde de ses droits. En outre, les valeurs d'une société démocratique doivent être respectées aussi fidèlement que possible dans les procédures de contrôle afin de ne pas dépasser les limites de ce qui est nécessaire. Dans un domaine où les abus sont potentiellement si faciles dans des cas individuels et peuvent avoir de telles conséquences néfastes pour la société démocratique dans son ensemble, il est en principe souhaitable d'en confier le contrôle à un juge dès lors qu'un contrôle juridictionnel offre normalement les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et une procédure appropriée<sup>17</sup>.

En ce qui concerne la troisième étape, après la fin de la surveillance, la question de l'information ultérieure de la personne concernée sur les mesures de surveillance est inextricablement liée à l'efficacité des recours et donc à l'existence de garanties efficaces contre l'utilisation abusive des pouvoirs de surveillance. Il n'y a en principe guère de possibilité pour l'individu d'introduire un recours à moins qu'il n'ait été informé des mesures prises à son insu, ce qui lui permet de contester leur légalité *a posteriori*, ou que la personne qui pense que ses communications sont ou ont été interceptées puisse saisir un organe de contrôle approprié de manière telle que le pouvoir juridictionnel de ce dernier ne dépendrait pas de la notification faite à l'individu que ses communications ont été interceptées<sup>18</sup>.

### 5. Les garanties minimales en cas d'interception en masse

Compte tenu de la jurisprudence de la Cour et des menaces qui pèsent actuellement sur de nombreux États (comme le fléau du terrorisme mondial et d'autres crimes graves tels que le trafic de drogues, la traite d'êtres humains, l'exploitation sexuelle des enfants ou la cybercriminalité), compte tenu aussi des progrès technologiques qui permettent aux terroristes et aux criminels d'éviter plus facilement la détection sur Internet, et vu le caractère imprévisible des voies de transmission que peuvent prendre les communications électroniques, la Cour estime que la décision de mettre en place un régime d'interception en masse afin d'identifier des menaces jusqu'ici inconnues à la sécurité nationale est une question qui continue de tomber dans la marge d'appréciation des États<sup>19</sup>.

Néanmoins, il ressort de la jurisprudence de la Cour telle qu'établie depuis plusieurs décennies, que tous les régimes d'interception (en masse et ciblés) sont susceptibles d'abus, en particulier lorsque la véritable étendue du pouvoir discrétionnaire des autorités en matière d'interception ne peut pas être discernée dans la législation pertinente. Par conséquent, alors que les États disposent d'une grande marge d'appréciation pour décider du type d'interception nécessaire pour protéger la sécurité nationale, le pouvoir discrétionnaire qui leur est accordé dans le cadre de la mise en application d'un régime d'interception doit nécessairement être plus étroit. À cet égard, la Cour rappelle les six garanties minimales

<sup>17</sup> *Ibid.*, § 105.

<sup>18</sup> *Ibid.*, § 106.

<sup>19</sup> *Ibid.*, § 112.

que l'interception en masse et les autres régimes d'interception doivent respecter pour être suffisamment prévisibles afin de minimiser le risque d'abus de pouvoir (voy. ci-dessus n° 15)<sup>20</sup>.

En conséquence, en adaptant ces garanties minimales pour tenir compte du fonctionnement d'un régime d'interception de masse traitant exclusivement de questions de sécurité nationale, l'évaluation de l'ingérence doit porter sur<sup>21</sup>:

- l'accessibilité du droit interne;
- l'étendue et la durée de l'interception de données;
- l'autorisation de ces mesures;
- les procédures à suivre pour stocker, accéder, examiner, utiliser, communiquer et détruire les données interceptées;
- les modalités de contrôle de la mise en œuvre des mesures;
- les mécanismes de notification;
- et les recours prévus par le droit national.

## 6. *L'autorité compétente pour autoriser une écoute téléphonique*

L'autorisation d'une écoute téléphonique par une autorité non judiciaire peut être compatible avec la Convention à condition que cette autorité soit suffisamment indépendante de l'exécutif. Toutefois, la primauté de la règle de droit implique notamment que l'ingérence des pouvoirs exécutifs dans les droits d'un individu devrait être soumise à un contrôle effectif qui, normalement, devrait être assuré par le pouvoir judiciaire, du moins en dernier ressort, dès lors que le contrôle judiciaire offre les meilleures garanties d'indépendance et d'impartialité, ainsi qu'une procédure adéquate. Une autorisation judiciaire préalable peut servir à limiter le pouvoir discrétionnaire des autorités quant à l'interprétation du champ d'application du mandat et de la réalisation de l'interception des données. De cette façon, l'exigence d'une autorisation judiciaire préalable constitue une garantie importante contre l'arbitraire. Néanmoins, l'autorisation préalable de telles mesures n'est pas une exigence absolue en soi car la présence d'un contrôle judiciaire ultérieur étendu peut compenser les carences de l'autorisation<sup>22</sup>.

## 7. *Exemple de système d'écoutes téléphoniques non conforme avec l'article 8*

Dans l'arrêt *Stana*, la Cour rappelle qu'elle a déjà examiné si le système en vigueur en Roumanie et régissant les écoutes téléphoniques pour des raisons de sécurité nationale, était conforme aux exigences de l'article 8 de la Convention. Il en

<sup>20</sup> *Ibid.*, § 113.

<sup>21</sup> *Ibid.*, § 114.

<sup>22</sup> *Ibid.*, § 133 (à propos de l'information de la personne sur l'existence de la mesure, voy. les §§ 164 et s.).



ressortait que le système manquait de garanties adéquates et contrevenait donc aux exigences de l'article 8 dans la mesure où<sup>23</sup> :

- le Procureur autorisant la surveillance n'était pas indépendant du pouvoir exécutif ;
- la décision du Procureur d'intercepter des communications ne faisait pas l'objet d'un contrôle juridictionnel avant son exécution ;
- les personnes concernées par la surveillance ne pouvaient pas contester devant un tribunal le bien-fondé de l'interception ;
- la loi ne mentionnait pas les circonstances dans lesquelles les transcriptions pouvaient être détruites.

*8. La mise en place d'un dispositif de géolocalisation  
(récepteur GPS) sur le véhicule d'un suspect et la réquisition  
d'un opérateur de téléphonie par des OPJ*

La géolocalisation en temps réel constitue une technique spéciale d'enquête qui permet de suivre en direct les déplacements d'une personne ou d'un objet. Il existe deux méthodes pour y procéder : d'une part, le suivi dynamique d'un terminal de télécommunication, avec l'exploitation de la technologie propre d'un téléphone, d'une tablette ou d'un véhicule équipé d'un système GPS ; d'autre part, un dispositif matériel directement installé sur un moyen de transport ou un autre objet, à l'instar d'une balise.

La Cour rappelle qu'il y a lieu de distinguer, de par sa nature même, la surveillance par géolocalisation d'autres méthodes de surveillance par des moyens visuels ou acoustiques qui, en règle générale, sont davantage susceptibles de porter atteinte au droit d'une personne au respect de sa vie privée, en ce qu'elles révèlent plus d'informations sur la conduite, les opinions ou les sentiments de la personne qui en fait l'objet. Il n'en demeure pas moins que la surveillance d'une personne par GPS, ainsi que le traitement et l'utilisation des données ainsi obtenues, s'analysent en une ingérence dans la vie privée de cette personne<sup>24</sup>.

En l'espèce, la mise en place d'un dispositif de géolocalisation du véhicule et l'exploitation des données issues de cette mesure ont permis aux enquêteurs de procéder à l'arrestation du requérant après avoir pris connaissance, en temps réel, de ses déplacements et de savoir qu'il s'était rendu aux Pays-Bas. Cette mesure de géolocalisation était associée à la mise en place d'un dispositif technique permettant de capter, fixer, transmettre et enregistrer les conversations des personnes se trouvant dans le véhicule, soumettant ainsi le requérant à une surveillance particulièrement étroite<sup>25</sup>. En ce sens, la géolocalisation par l'apposition d'un récepteur GPS sur le véhicule du requérant, ainsi que le traitement et l'utilisation

<sup>23</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 4 décembre 2018, n° 66640/12, *Stana c. Roumanie*, § 20.

<sup>24</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 8 février 2018, n° 31446/12, *Ben Faiza c. France*, § 53.

<sup>25</sup> *Ibid.*, § 54.

des données ainsi obtenues, s'analysent en une ingérence dans la vie privée de l'intéressé<sup>26</sup>.

Il faut alors que la mesure incriminée ait une base légale en droit interne. Pour juger de l'existence d'une telle « base légale », il y a lieu de prendre en compte non seulement les textes législatifs pertinents, mais aussi la jurisprudence<sup>27</sup>. L'ingérence doit aussi répondre aux exigences en termes de prévisibilité et il faut des garanties adéquates et suffisantes contre les risques d'abus inhérents à tout système de surveillance secrète<sup>28</sup>.

En ce qui concerne la réquisition de l'opérateur mobile par des officiers de police judiciaire, la Cour a rappelé que l'exploitation d'informations concernant la date et la durée des appels téléphoniques mais aussi les numéros composés, pouvait poser problème au regard de l'article 8, ces éléments faisant « partie intégrante des communications téléphoniques » même si elle se distingue par nature de l'interception des communications. En tout état de cause, la collecte et la conservation, à l'insu de l'intéressé, de données à caractère personnel se rapportant à l'usage du téléphone, constituent une ingérence dans l'exercice du droit de l'intéressé au respect de sa vie privée et de sa correspondance, au sens de l'article 8, à l'instar de l'utilisation dans un procès pénal d'une liste d'appels téléphoniques passés par l'accusé<sup>29</sup>. En l'espèce, la réquisition a permis aux enquêteurs de se voir remettre, par la société de téléphonie concernée, les documents comportant la liste des appels reçus et émis par trois lignes de téléphones portables. Elle a également permis de retracer les déplacements ou la localisation du requérant, grâce à la communication par l'opérateur des données relatives aux bornes ou cellules déclenchées par ces lignes téléphoniques. Certes, cette localisation n'est intervenue qu'*a posteriori*. Il n'en demeure pas moins que ces facturations détaillées de lignes téléphoniques et des bornes déclenchées par ces appels téléphoniques contiennent incontestablement des données personnelles relevant de la vie privée du requérant et touchent également au secret de ses correspondances<sup>30</sup>. Partant, la Cour considère que la réquisition judiciaire, en vertu de laquelle ces documents ont été communiqués aux enquêteurs et exploités, a constitué une ingérence d'une autorité publique dans le droit de l'intéressé au respect de sa vie privée<sup>31</sup>.

En ce qui concerne le caractère prévisible de l'ingérence, au-delà de la question de sa base légale en droit interne, la Cour a constaté que la loi prévoyait des garanties contre l'arbitraire.

D'une part, dans le cadre d'une enquête préliminaire, les réquisitions prises par un officier de police judiciaire sont soumises à l'autorisation préalable d'un magis-

<sup>26</sup> *Ibid.*, § 55.

<sup>27</sup> *Ibid.*, § 56.

<sup>28</sup> *Ibid.*, § 59.

<sup>29</sup> *Ibid.*, § 66.

<sup>30</sup> *Ibid.*, § 67.

<sup>31</sup> *Ibid.*, § 68.

trat du parquet. La Cour note d'ailleurs qu'il ne peut être dérogé à cette obligation sous peine de nullité de l'acte.

D'autre part, de telles réquisitions judiciaires sont susceptibles d'un contrôle juridictionnel. Dans la procédure pénale ultérieure menée contre la personne concernée, les juridictions pénales peuvent contrôler la légalité d'une telle mesure et, si celle-ci est jugée illégale, elles ont la faculté d'exclure du procès les éléments ainsi obtenus. Un tel contrôle a d'ailleurs été effectué en l'espèce<sup>32</sup>.

Toutefois, la Cour a observé que ces garanties étaient moins substantielles que les nouvelles garanties désormais prévues par la loi du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation, le législateur français, suivi par la jurisprudence, ayant expressément exclu du champ d'application de cette loi les mesures ne constituant pas des opérations de géolocalisation réalisées en temps réel.

À cet égard, la Cour considère qu'il est pertinent de distinguer les méthodes d'investigations permettant de géolocaliser une personne *a posteriori* de celles qui permettent de la géolocaliser en temps réel, ces dernières étant davantage susceptibles de porter atteinte au droit d'une personne au respect de sa vie privée.

La Cour distingue donc entre, d'une part, la communication de la liste des cellules déclenchées par une ligne téléphonique qui permet de connaître, *a posteriori*, le positionnement géographique passé de l'utilisateur de cette ligne, et donc de la transmission à l'autorité judiciaire de données existantes et conservées par un organisme public ou privé et, d'autre part, la mise en place d'un dispositif de surveillance consistant à repérer spécifiquement les déplacements qu'une personne est en train de réaliser, par le biais d'un suivi dynamique d'une ligne téléphonique ou au moyen de la pose d'une balise sur un véhicule<sup>33</sup>.

Aux yeux de la Cour, le droit français autorisait et encadrait la réquisition litigieuse et le requérant n'a pas manqué d'indications suffisantes pour lui permettre de savoir dans quelles circonstances et sous quelles conditions les autorités publiques étaient habilitées à avoir recours à une telle mesure<sup>34</sup>.

À propos du caractère nécessaire de la mesure dans une société démocratique, la Cour a noté que la réquisition adressée à l'opérateur de téléphonie mobile visait à permettre la manifestation de la vérité dans le cadre d'une procédure pénale relative à des faits d'importation de stupéfiants en bande organisée, d'association de malfaiteurs et de blanchiment.

<sup>32</sup> *Ibid.*, § 73.

<sup>33</sup> *Ibid.*, § 74.

<sup>34</sup> *Ibid.*, § 75.

Cette mesure tendait donc à la défense de l'ordre, à la prévention des infractions pénales ainsi qu'à la protection de la santé publique et poursuivait ainsi des buts légitimes<sup>35</sup>.

Sur le point de savoir si la communication de la liste des appels entrants et sortants de trois lignes téléphoniques et de la liste des cellules déclenchées était « nécessaire dans une société démocratique », la Cour a rappelé que la notion de nécessité impliquait que l'ingérence corresponde à un besoin social impérieux et, en particulier, qu'elle soit proportionnée au but légitime poursuivi<sup>36</sup>. Or, en l'espèce, ces réquisitions étaient nécessaires pour démanteler un trafic de stupéfiants de grande ampleur, mettant en cause de nombreux individus, agissant de manière cachée et illicite, et en lien avec des réseaux étrangers.

Par ailleurs, les informations obtenues par le biais de ces réquisitions ont été obtenues et utilisées dans le cadre d'une enquête et d'un procès pénal au cours duquel, ainsi que la Cour l'a déjà relevé, le requérant a bénéficié d'un « contrôle effectif » tel que voulu par la prééminence du droit et apte à limiter l'ingérence litigieuse à ce qui était « nécessaire dans une société démocratique »<sup>37</sup>.

## 9. Écoutes téléphoniques dans le cadre d'un procès pénal

La Cour rappelle avoir conclu dans plusieurs arrêts récents à la violation de l'article 8 de la Convention au motif que la procédure de mise sur écoute et d'enregistrement de conversations téléphoniques, telle que prévue par la LMOI, ainsi que sa mise en pratique par les juridictions internes, n'ont pas été assorties de garanties suffisantes contre une ingérence disproportionnée dans le droit au respect de la vie privé et de la correspondance des personnes concernées<sup>38</sup>.

### D. PERQUISITION, SAISIE INFORMATIQUE ET SECRET PROFESSIONNEL

Conformément à la jurisprudence de la Cour, la perquisition d'un bureau d'avocats, en ce compris des documents et données électroniques, constitue une ingérence dans sa vie privée, son domicile et sa correspondance<sup>39</sup>.

Les poursuites contre les membres des professions juridiques touchent au cœur même du système de la Convention. Tout empiètement sur le secret professionnel peut se répercuter sur la bonne administration de la justice et, partant, sur les

<sup>35</sup> *Ibid.*, § 77.

<sup>36</sup> *Ibid.*, § 78.

<sup>37</sup> *Ibid.*, § 79.

<sup>38</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 11 décembre 2018, n° 9106/09, *Rodionov c. Russie*, § 182.

<sup>39</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 20 septembre 2018, n°s 68762/14 & 71200/14, *Aliyev c. Azerbaïdjan*, § 178. Voy. aussi l'arrêt du 4 octobre 2018, n° 30958/13, *Leotsakos c. Grèce*, § 36.

droits garantis par l'article 6. Par conséquent les fouilles des locaux des avocats doivent faire l'objet d'un examen très strict<sup>40</sup>.

Tout d'abord, la Cour examine la façon dont la perquisition a été menée. Elle vérifie aussi si des observateurs indépendants étaient présents lors de la fouille et s'ils ont participé de manière effective à celle-ci afin d'assurer que des documents couverts par le secret professionnel n'ont pas été enlevés. Enfin, la Cour prend en considération l'étendue des répercussions possibles sur le travail et la réputation de la personne visée par la perquisition<sup>41</sup>.

Plus particulièrement, en ce qui concerne la présence d'observateurs indépendants lors de la fouille d'un cabinet d'avocats, cet observateur doit de surcroît avoir des qualifications juridiques afin de participer effectivement à la procédure et être investi du pouvoir d'empêcher toute ingérence éventuelle dans le secret professionnel de l'avocat dont le cabinet fait l'objet de la fouille<sup>42</sup>. À cet égard, la présence d'une voisine, en tant que témoin indépendant, ne peut pas être considérée comme une garantie suffisante car celle-ci n'avait pas de connaissances juridiques et était incapable de repérer des documents qui concernaient des affaires de clients du requérant et qui étaient couverts par le secret professionnel<sup>43</sup>.

Dès lors que les perquisitions ou les visites domiciliaires visent le domicile ou le cabinet d'un avocat exerçant régulièrement sa profession, à titre principal en qualité d'avocat inscrit à un barreau, elles doivent impérativement être assorties de « garanties spéciales de procédure »<sup>44</sup>.

La fouille et la saisie de documents et d'ordinateurs, y compris de données électroniques, s'analysent en une ingérence dans le droit au respect du « domicile » et de la « correspondance ». Cette ingérence viole l'article 8 sauf si elle est prévue par la loi, qu'elle poursuit un but légitime et qu'elle est nécessaire dans une société démocratique<sup>45</sup>.

Une perquisition effectuée au stade de l'enquête préliminaire doit s'entourer des garanties adéquates et suffisantes afin d'éviter qu'elle ne serve à fournir aux autorités de police des éléments compromettants sur des personnes qui n'ont pas encore été identifiées comme étant suspectes d'avoir commis une infraction<sup>46</sup>.

Lorsque le mandat de perquisition du procureur est rédigé dans des termes généraux et lorsque la législation nationale ne prévoit pas de contrôle judiciaire *ex ante factum* sur la légalité et la nécessité de cette mesure d'instruction, il devrait exister

<sup>40</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 4 octobre 2018, n° 30958/13, *Leotsakos c. Grèce*, § 38.

<sup>41</sup> *Ibid.*, § 39.

<sup>42</sup> *Ibid.*, § 40.

<sup>43</sup> *Ibid.*, § 42.

<sup>44</sup> *Ibid.*, § 42.

<sup>45</sup> *Ibid.*, § 43.

<sup>46</sup> *Ibid.*, § 48.

d'autres garanties, notamment sur le plan de l'exécution du mandat, de nature à contrebalancer les imperfections liées à l'émission et au contenu du mandat de perquisition<sup>47</sup>.

## E. L'EXPLOITATION D'ADRESSES IP DANS LA LUTTE CONTRE LA PÉDOPORNOGRAPHIE

### 1. *La notion d'adresse IP*

L'adresse IP est un numéro unique attribué à chaque appareil d'un réseau, ce qui permet aux appareils de communiquer entre eux. Contrairement à l'adresse IP statique, qui est allouée en permanence à une interface réseau particulière d'un périphérique particulier, l'adresse IP dynamique est attribuée par le fournisseur de services Internet de manière temporaire à un périphérique, généralement à chaque connexion du périphérique à Internet<sup>48</sup>.

L'adresse IP à elle seule permet de déterminer certains détails, tels que le fournisseur de services Internet auquel l'utilisateur est connecté et de définir un emplacement physique plus large, probablement l'emplacement du fournisseur de services Internet. La plupart des adresses IP dynamiques peuvent donc être reliées au fournisseur de services Internet et non à un ordinateur spécifique. Pour obtenir le nom et l'adresse de l'abonné à l'aide d'une adresse IP dynamique, le fournisseur de services Internet est normalement tenu de rechercher ces informations et, dans ce but, d'examiner les données de connexion pertinentes de ses abonnés<sup>49</sup>.

Dans l'affaire soumise à la Cour, les informations sur l'adresse IP dynamique et l'heure à laquelle elle avait été attribuée avaient été recueillies par la police suisse qui avait effectué un exercice de surveillance des utilisateurs du réseau Internet spécifique impliquant du matériel de pornographie infantile. Ils ont ensuite transmis les informations à la police slovène qui a obtenu du fournisseur d'accès Internet le nom et l'adresse de l'abonné associé à l'adresse IP dynamique en question – le père de la requérante<sup>50</sup>.

### 2. *Le lien entre adresse IP et vie privée*

Toujours dans cette affaire, le Gouvernement suisse soutenait que l'article 8 de la Convention ne s'appliquait pas car le requérant n'aurait pas été directement touché par la mesure litigieuse et parce que, même s'il avait été affecté, il aurait volontairement renoncé à son droit au respect de sa vie privée en procédant à un échange public des fichiers en question. Afin de répondre à ces questions, la Cour

<sup>47</sup> *Ibid.*, § 49.

<sup>48</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 24 avril 2018, n° 62358/14, *Benedik c. Slovénie*, § 96.

<sup>49</sup> *Ibid.*, § 96.

<sup>50</sup> *Ibid.*, § 97.

examine la question de savoir si le requérant, ou toute autre personne utilisant Internet, pouvait raisonnablement espérer que son activité en ligne, par ailleurs publique, resterait anonyme<sup>51</sup>.

Eu égard à la nature de l'affaire dont elle est saisie, la Cour réitère d'abord que les sévices sexuels constituent indéniablement un type de comportement odieux, ayant des effets débilissants sur les victimes. Les enfants et autres personnes vulnérables ont droit à la protection de l'État, sous forme de mesure de dissuasion efficace, contre de tels types d'ingérences graves dans des aspects essentiels de leur vie privée, ce qui implique la nécessité d'identifier les contrevenants et de les traduire en justice. Toutefois, la Cour indique que les questions soulevées par le gouvernement concernant l'applicabilité de l'article 8 doivent, à ce stade, recevoir une réponse indépendamment du caractère légal ou illégal de l'activité en question et sans préjudice de l'exigence de la Convention selon laquelle la protection des personnes vulnérables doit être assurée par les États membres<sup>52</sup>.

De manière générale, la Cour rappelle que la vie privée est une notion large qui ne peut être définie de manière exhaustive. L'article 8 protège, entre autres, le droit à l'identité et au développement personnel, ainsi que le droit d'établir et de développer des relations avec les autres êtres humains et le monde extérieur. Il existe donc une zone d'interaction d'une personne avec d'autres personnes, même dans un contexte public, pouvant entrer dans le champ de la « vie privée »<sup>53</sup>. Un certain nombre d'éléments sont à prendre en compte pour déterminer si la vie privée d'une personne est concernée par des mesures affectant son domicile ou ses locaux privés. Afin de déterminer si les notions de « vie privée » et de « correspondance » étaient applicables, la Cour a examiné à plusieurs reprises si des personnes pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que leur vie privée soit respectée et protégée. Dans ce contexte, elle a jugé qu'une attente raisonnable en matière de vie privée constituait un facteur important, mais pas nécessairement décisif<sup>54</sup>.

Dans le contexte des données à caractère personnel, la Cour a souligné que l'expression « vie privée » ne doit pas être interprétée de manière restrictive. Elle réitère que l'interprétation large de la notion de « vie privée » correspond à celle de la Convention de 1981 dont l'objet est « d'assurer à chaque individu le respect de ses droits et libertés fondamentaux, et en particulier de son droit à la vie privée, en ce qui concerne le traitement automatisé des données à caractère personnel le concernant » (article 1 de la Convention de 1981), les données personnelles étant définies comme « toute information concernant un individu identifié ou identifiable »<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> *Ibid.*, § 98.

<sup>52</sup> *Ibid.*, § 99.

<sup>53</sup> *Ibid.*, § 100.

<sup>54</sup> *Ibid.*, § 101.

<sup>55</sup> *Ibid.*, § 102.

Il ressort en outre d'une jurisprudence bien établie de la Cour que, lorsqu'il a été procédé à la compilation de données sur une personne donnée, le traitement ou l'utilisation de données à caractère personnel ou la publication du matériel concerné d'une manière ou à un degré autre que celui normalement prévisible, peut donner lieu à des questions qui relèvent de la vie privée. L'article 8 offre ainsi le droit à une forme d'autodétermination informationnelle, permettant aux individus de faire valoir leur droit à la vie privée en ce qui concerne les données qui, bien que neutres, sont collectées, traitées et diffusées collectivement dans une forme ou d'une façon telle que leurs droits garantis par l'article 8 soient en jeu<sup>56</sup>.

La Cour a déjà jugé que des informations telles que les données de comptage sur les numéros de téléphone composés, les informations à caractère personnel relatives à l'utilisation du téléphone, du courrier électronique et d'Internet, les informations stockées par les autorités répressives sur une carte concernant des faits relatifs aux relations commerciales du requérant ainsi que les informations publiques conservées par les autorités sur le passé distant du requérant, tombaient dans le champ d'application de l'article 8<sup>57</sup>.

La Cour a aussi reconnu l'importance de l'anonymat en ligne, soulignant qu'il constituait depuis longtemps un moyen d'éviter des représailles ou une attention non souhaitée. En tant que tel, l'anonymat est capable de promouvoir la libre circulation des idées et des informations de manière importante, notamment sur Internet. Dans le même temps, la Cour ne perd pas de vue la facilité, l'ampleur et la rapidité de la diffusion des informations sur Internet, ainsi que la persistance des informations une fois divulguées, ce qui peut considérablement aggraver les effets d'un discours illégal sur Internet par rapport aux médias traditionnels<sup>58</sup>.

Il est en tout cas non contesté que les informations relatives à l'abonné constituent des données à caractère personnel<sup>59</sup>.

Les informations relatives à l'abonné associées à des adresses IP dynamiques spécifiques attribuées à certaines heures ne sont pas accessibles au public : elles ne peuvent donc pas être comparées aux informations figurant dans l'annuaire téléphonique traditionnel ou dans une base de données publique des numéros d'immatriculation des véhicules. En effet, il semblerait que pour identifier un abonné à qui une adresse IP dynamique particulière a été attribuée à un moment donné, le fournisseur d'accès Internet (FAI) doit accéder aux données conservées concernant des événements de télécommunication particuliers. Un tel usage des données stockées par le FAI donne lieu à des questions de vie privée<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> *Ibid.*, § 103.

<sup>57</sup> *Ibid.*, § 104.

<sup>58</sup> *Ibid.*, § 105.

<sup>59</sup> *Ibid.*, § 107.

<sup>60</sup> *Ibid.*, § 108.



La Cour a pris en compte le contexte particulier dans lequel les informations sur l'abonné ont été recherchées dans l'affaire qui lui était soumise : l'obtention des informations sur l'abonné avait pour seul objectif d'identifier la personne derrière le contenu collecté de manière indépendante et révélant les données qu'il partageait. La Cour rappelle à cet égard qu'il existe une zone d'interaction d'une personne avec d'autres qui peut relever de la « vie privée ». Les informations relatives à de telles activités ont un impact sur la vie privée au moment où elles sont liées ou attribuées à une personne identifiée ou identifiable. Par conséquent, ce qui semble être une information périphérique recherchée par la police, à savoir le nom et l'adresse d'un abonné, doit dans des situations telles que celle-ci être considérée comme inextricablement liée au contenu préexistant pertinent révélant des données. Soutenir le contraire reviendrait à nier la protection nécessaire aux informations susceptibles de révéler de nombreuses informations sur l'activité en ligne d'un individu, y compris des informations sensibles sur ses intérêts, ses croyances et son style de vie intime<sup>61</sup>.

En l'espèce, la Cour estime que le fait que le requérant n'ait pas caché son adresse IP dynamique, en supposant qu'il soit possible de le faire, ne peut être déterminant pour déterminer si ses attentes en matière de vie privée étaient raisonnables d'un point de vue objectif<sup>62</sup>. Elle note que la question n'est pas de savoir si le requérant aurait pu raisonnablement s'attendre à ce que son adresse IP dynamique reste confidentielle, mais s'il aurait pu raisonnablement s'attendre à ce que sa vie privée soit préservée en ce qui concerne son identité<sup>63</sup>.

La Cour a déjà reconnu l'aspect de l'anonymat de la vie privée en ligne, en ce qui concerne la nature de l'activité en ligne, à laquelle les utilisateurs participent sans être nécessairement identifiables. Cette conception de l'anonymat de la vie privée est un facteur important à prendre en compte dans la présente évaluation. En particulier, il n'a pas été soutenu que le requérant ait jamais révélé son identité en relation avec l'activité en ligne en question ni qu'il était, par exemple, identifiable par le site Web via un compte ou des données de contact. Son activité en ligne faisait donc appel à un degré d'anonymat élevé, comme le confirme le fait que l'adresse IP dynamique attribuée, même si elle est visible aux autres utilisateurs du réseau, ne pouvait pas être reliée à un ordinateur en particulier sans une vérification de données par le FAI suite à une demande de la police<sup>64</sup>.

Enfin, le cadre juridique et réglementaire applicable peut également être un facteur pertinent, mais non nécessairement décisif, pour déterminer l'attente raisonnable en matière de vie privée. En l'espèce, aucune des parties n'a fourni d'informations concernant les termes du contrat sur la base duquel le service Internet avait été fourni au père de la requérante. S'agissant du cadre législatif,

<sup>61</sup> *Ibid.*, § 109.

<sup>62</sup> *Ibid.*, § 116.

<sup>63</sup> *Ibid.*, § 116.

<sup>64</sup> *Ibid.*, § 117.

la Cour juge suffisant de constater que la Constitution garantissait la confidentialité de la correspondance et des communications et exigeait que toute atteinte à ce droit soit fondée sur une décision de justice. Par conséquent, même du point de vue de la législation en vigueur à la date pertinente, l'attente du requérant en matière de vie privée à l'égard de son activité en ligne ne pouvait être considérée comme injustifiée ou déraisonnable<sup>65</sup>.

L'intérêt de l'intéressé de faire protéger son identité en ce qui concerne son activité en ligne relève de la notion de « vie privée » et l'article 8 est donc applicable à la présente plainte<sup>66</sup> et la demande adressée par la police au fournisseur de services Internet et l'utilisation des informations de l'abonné ayant permis l'identification du requérant constituaient une ingérence à ce droit<sup>67</sup> que la Cour a considérée comme n'étant pas « prévue par la loi » au sens de l'article 8.2<sup>68</sup>.

## F. LES PRÉLÈVEMENTS D'ADN À DES FINS POLICIÈRES ET JUDICIAIRES

Conformément à sa jurisprudence bien établie, la Cour a répété que le prélèvement et la conservation de matériel cellulaire ainsi que la détermination et la conservation de profils ADN qui ont été extraits d'échantillons cellulaires, portaient atteinte au droit au respect de la vie privée<sup>69</sup>.

Elle a aussi rappelé que le respect de la vie privée impliquait le respect de l'intégrité physique d'une personne et que la prise d'un échantillon de sang et de salive constituait une intervention médicale obligatoire qui, même si elle est d'une importance mineure, devait être considérée comme une ingérence<sup>70</sup>. Elle a précisé que le dépistage obligatoire pouvait intervenir dans des contextes différents et ne pas nécessairement poser de problème au regard de la Convention<sup>71</sup>.

En tout cas, l'article 8 n'interdit pas en tant que tel le recours à un examen médical au mépris de la volonté d'un suspect pour obtenir de lui la preuve de son implication dans la commission d'une infraction pénale<sup>72</sup>.

Par ailleurs, le recours à de tels examens médicaux, en particulier lorsque la personne est mineure, n'est pas interdit *a priori* pour obtenir des éléments de preuve liés à la commission d'un crime lorsque le sujet du test n'est pas l'auteur de l'infraction mais un témoin pertinent. Ce test ne peut donc pas être considéré

<sup>65</sup> *Ibid.*, § 118.

<sup>66</sup> *Ibid.*, § 119.

<sup>67</sup> *Ibid.*, § 120.

<sup>68</sup> *Ibid.*, §§ 122-134.

<sup>69</sup> Cour eur. D.H., décision du 15 mai 2018, n° 41079/16, *Caruana c. Malta*, § 26.

<sup>70</sup> *Ibid.*, §§ 26-28.

<sup>71</sup> *Ibid.*, § 30 (comme le dépistage obligatoire de la tuberculose chez les enfants).

<sup>72</sup> Cour eur. D.H., décision du 15 mai 2018, n° 41079/16, *Caruana c. Malta*, § 31.

comme étant intrinsèquement illégal mais il est primordial que la mesure soit conforme aux exigences de la Convention<sup>73</sup>.

#### G. L'EXAMEN ET LA COPIE PAR LES AUTORITÉS DOUANIÈRES DU CONTENU DE L'ORDINATEUR ET DES CLÉS USB D'UN JOURNALISTE

La Cour était saisie de la plainte d'un journaliste à propos de la fouille par les autorités douanières russes de son ordinateur pendant plusieurs heures, en l'absence de toute suspicion raisonnable d'infraction ou de comportement illégal, de la copie de données personnelles et professionnelles suivie par leur communication pour examen par un spécialiste, et de leur conservation pour une durée d'environ deux années.

La Cour a considéré que tout ceci allait au-delà de ce qui pouvait être accepté au titre de procédures de routine qui sont en principe relativement non intrusives et pour lesquelles un consentement est habituellement donné, d'autant qu'ici, le requérant ne pouvait pas choisir de se présenter au contrôle douanier<sup>74</sup>.

De plus, la Cour a souligné le fait que les contrôles douaniers sont censés concerner le contrôle des marchandises et non constituer des contrôles de sécurité. Elle a ajouté que la personne ne renonçait pas à son droit au respect de la vie privée ou de sa correspondance lorsqu'elle présentait ses bagages à un contrôle douanier<sup>75</sup>.

En l'espèce, la Cour a considéré que l'ingérence n'était pas prévue par la loi en l'absence de garantie adéquate et suffisante contre l'arbitraire dans un cas d'application de la procédure d'échantillonnage à des données électroniques contenues dans un appareil électronique<sup>76</sup>.

#### H. LA PROTECTION CONTRE LES AUTRES TYPES DE SURVEILLANCE

##### 1. *La vidéosurveillance des travailleurs sur leur lieu de travail*

La vidéosurveillance d'un travailleur sur son lieu de travail est une ingérence grave dans sa vie privée. En effet, cette surveillance fournit une documentation enregistrée et reproductible du comportement du travailleur sur son lieu de travail où il est contraint de travailler et dont il ne peut s'échapper<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> *Ibid.*, § 32.

<sup>74</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 13 février 2018, n° 61064/10, *Ivashchenko c. Russie*, § 67.

<sup>75</sup> *Ibid.*, § 68.

<sup>76</sup> *Ibid.*, §§ 93-94.

<sup>77</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 9 janvier 2018, n°s 1874/13 et 8567/13, *Lopez Ribalda et autres c. Espagne*, § 59.

Dans le cas soumis à la Cour, l'employeur avait méconnu son obligation d'informer les travailleurs de l'existence de moyens permettant de collecter et traiter des données à caractère personnel qui les concernent et, en particulier, de la surveillance secrète portant spécifiquement sur les caisses des magasins. Les travailleurs n'étaient pas plus informés des droits qui leur étaient reconnus par la législation relative à la protection des données<sup>78</sup>. La Cour a noté à cet égard que cette obligation d'information induisait par ailleurs une attente raisonnable de respect de la vie privée dans le chef des travailleurs<sup>79</sup>.

En outre, la surveillance ne visait pas des travailleurs en particulier mais bien toutes les personnes travaillant aux caisses des magasins, pendant des semaines, sans limite de temps et pendant toutes les heures de travail<sup>80</sup>.

La Cour a alors considéré que les mesures de surveillance mises en place par l'employeur n'étaient pas proportionnées et que les droits de ce dernier auraient pu être sauvegardés par d'autres moyens et notamment en informant au préalable les travailleurs, même de façon générale, de la mise en place d'un système de surveillance par caméras et en leur donnant l'information prescrite par la législation relative à la protection des données<sup>81</sup>.

## 2. La surveillance des sportifs dans le cadre de la lutte contre le dopage

Dans le cadre de la lutte contre le dopage, le droit français impose que les sportifs soient soumis à un dispositif de surveillance particulier : ils doivent donner, pour le trimestre à venir, leur emploi du temps quotidien détaillé ainsi qu'un créneau d'une heure, entre 6 et 21 heures, dans un lieu où ils seront présents, afin de permettre des contrôles inopinés, même en dehors de manifestations sportives ou d'entraînement. La Cour reconnaît qu'il s'agit d'une ingérence dans les droits garantis par l'article 8 de la Convention<sup>82</sup>. Mais, elle retient que les enjeux sanitaires et de santé publique ainsi que les préoccupations éthiques qui y sont associées fournissent un argument déterminant quant à la nécessité de l'ingérence qui résulte de l'obligation de localisation en cause<sup>83</sup>. Elle considère également que tout le monde s'accorde sur la nécessité d'opérer des contrôles inopinés<sup>84</sup>. La Cour en a conclu que l'obligation ainsi imposée aux sportifs respectait l'équilibre entre les droits et intérêts en présence.

<sup>78</sup> Ibid., § 65.

<sup>79</sup> Ibid., § 67.

<sup>80</sup> Ibid., § 68.

<sup>81</sup> Ibid., § 69.

<sup>82</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 18 janvier 2018, n<sup>os</sup> 48151/11 et 77769/13, *Affaire Fédération Nationale des Associations et des Syndicats Sportifs (FNASS) et autres c. France*, § 151.

<sup>83</sup> Ibid., § 177.

<sup>84</sup> Ibid., § 181.

### 3. *Surveillance par des détectives privés mandatés par une assurance privée*

En ce qui concerne la violation de l'article 8 de la Convention alléguée par le requérant, la Cour note que les juges nationaux avaient réalisé une analyse approfondie des intérêts concurrents existant entre l'assureur et le requérant. Ils avaient retenu notamment que l'assureur avait l'obligation de vérifier si la demande en réparation du lésé était justifiée, sachant qu'elle agissait également dans l'intérêt de l'ensemble de la collectivité de ses assurés. Ils en avaient déduit que l'assureur avait le droit de faire des enquêtes privées et que le lésé, de son côté, devait collaborer à l'établissement des faits et tolérer que des investigations soient effectuées par l'assurance, même à son insu, lorsque cette méthode est imposée par l'objectif poursuivi. Ils ont retenu que dans le cas d'espèce, les investigations de l'assureur, effectuées à partir du domaine public et limitées à la constatation de la mobilité du requérant, visaient uniquement à préserver les droits patrimoniaux de l'assureur. Les juges ont ainsi reconnu un intérêt prépondérant à l'assureur et en ont conclu que l'atteinte à la personnalité de la requérante n'était pas illicite<sup>85</sup>.

#### I. LE DROIT D'ACCÈS À DES INFORMATIONS RELATIVES À LA VIE PRIVÉE

##### 1. *L'obligation de l'État d'informer les proches du décès d'une personne*

La Cour a été saisie de la plainte de parents qui reprochaient aux autorités russes de ne pas les avoir informés du décès de leur fils avant son inhumation. La Cour a rappelé que le droit d'accès à des informations relatives à la vie privée ou familiale posait un problème au regard de l'article 8<sup>86</sup> et que plusieurs aspects des rites funéraires tombaient dans le champ de la vie privée et familiale<sup>87</sup>. En l'espèce, le droit des parents au respect de la vie privée et familiale a été affecté par le défaut de l'État de les informer du décès de leur fils, voire même par le défaut de prendre des mesures pour les en informer, avant son inhumation<sup>88</sup>. Quand les autorités de l'État ont connaissance d'un décès, mais pas les autres membres de la famille de la personne décédée, les autorités compétentes doivent à tout le moins prendre des mesures raisonnables pour garantir que les membres survivants de la famille soient informés de ce décès<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> Cour eur. D.H., décision du 11 décembre 2018, n° 17331/11, *Elvir Mehmedovic & Eldina Mehmedovic c. Suisse*, § 17.

<sup>86</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 24 avril 2018, n° 4587/09, *Lozovyye c. Russie*, § 32.

<sup>87</sup> *Ibid.*, § 33.

<sup>88</sup> *Ibid.*, § 34.

<sup>89</sup> *Ibid.*, § 38.

## 2. *L'accès par l'employeur à des fichiers personnels sur le disque dur de l'ordinateur professionnel de l'employé absent*

Dans certaines circonstances, des données non professionnelles, par exemple des données clairement identifiées comme étant privées et stockées par un employé sur un ordinateur mis à sa disposition par son employeur pour l'accomplissement de ses fonctions, sont susceptibles de relever de sa « vie privée ». Dans le cas soumis à la Cour, la SNCF tolérât que ses agents utilisent ponctuellement à titre privé les moyens informatiques mis à leur disposition, tout en précisant, à cet égard, les règles à suivre<sup>90</sup>.

Il y a ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée lorsque l'employeur accède à des fichiers sur l'ordinateur professionnel d'un travailleur sans que ce dernier n'en soit informé et sans qu'il ne soit présent<sup>91</sup>.

L'expression « prévue par la loi » implique que le droit interne doit offrir une certaine protection contre les atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par l'article 8. Cette expression impose non seulement le respect du droit interne mais elle concerne aussi la qualité de la loi qui doit être conforme aux principes caractérisant l'État de droit. Pour satisfaire à l'exigence de prévisibilité, la loi doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à prendre pareilles mesures<sup>92</sup>.

La Cour de cassation française avait déjà jugé que, sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne pouvait ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels et conservés sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition, qu'en présence de ce dernier ou après que celui-ci ait été dûment appelé. Elle avait ajouté que les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail étaient présumés, sauf si le salarié les identifiait comme étant personnels, avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur pouvait y avoir accès hors sa présence.

La Cour européenne des droits de l'homme en déduit qu'à l'époque des faits, il ressortait du droit positif français que l'employeur pouvait dans cette limite ouvrir les fichiers figurant sur l'ordinateur professionnel d'un employé. Elle admet en conséquence que l'ingérence dénoncée par le requérant avait une base légale et que le droit positif précisait suffisamment en quelles circonstances et sous quelles conditions une telle mesure était permise pour qu'il puisse être considéré qu'elle était « prévue par la loi »<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 22 février 2018, n° 588/13, *Libert c. France*, § 25.

<sup>91</sup> *Ibid.*, § 37.

<sup>92</sup> *Ibid.*, § 43.

<sup>93</sup> *Ibid.*, § 44.

La Cour admet aussi que cette ingérence visait à garantir la protection des « droits (...) d'autrui », c'est-à-dire ceux de l'employeur qui peut légitimement vouloir s'assurer que ses salariés utilisent les équipements informatiques qu'il met à leur disposition pour l'exécution de leurs fonctions en conformité avec leurs obligations contractuelles et la réglementation applicable<sup>94</sup>.

Dans le contexte de l'application de l'article 8 aux relations entre les employeurs privés et leurs employés, la Cour a précisé que les juridictions internes devaient s'assurer que la mise en place par un employeur de mesures de surveillance de la correspondance et des autres communications, quelles qu'en soient l'étendue et la durée, s'accompagnait de garanties adéquates et suffisantes contre les abus.

Dans ce contexte, la proportionnalité et les garanties procédurales contre l'arbitraire étaient des éléments essentiels<sup>95</sup>.

En l'espèce, le droit positif français comportait un dispositif visant à la protection de la vie privée en vertu duquel l'employeur peut ouvrir les fichiers professionnels qui se trouvent sur le disque dur des ordinateurs qu'il met à la disposition de ses employés dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions mais il ne peut pas ouvrir subrepticement les fichiers identifiés comme étant personnels « sauf risque ou événement particulier » : il ne peut procéder à l'ouverture des fichiers ainsi identifiés qu'en présence de l'employé concerné ou après que celui-ci ait été dûment appelé<sup>96</sup>.

## J. LA PROTECTION DES DONNÉES RELATIVES À LA SANTÉ

### 1. *Vie privée et informations relatives à un patient*

La Cour a répété que les informations personnelles relatives à un patient relevaient de sa vie privée<sup>97</sup>.

### 2. *L'importance de la protection des données et la nécessité d'avoir des garanties appropriées*

La protection des données à caractère personnel – les informations relatives à la santé n'en étant pas les moindres – est essentielle pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale. Le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les Parties contractantes à la Convention. Il est capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services de santé en général. Faute d'une telle protec-

<sup>94</sup> *Ibid.*, § 46.

<sup>95</sup> *Ibid.*, § 47.

<sup>96</sup> *Ibid.*, § 48.

<sup>97</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 27 février 2018, n° 66490/09, *Mockute c. Lituanie*, § 93.

tion, les personnes nécessitant des soins médicaux pourraient être dissuadées de fournir les informations à caractère personnel et intime nécessaires à la prescription du traitement approprié et même de consulter un médecin, ce qui pourrait mettre en danger leur santé voire, dans le cas des maladies transmissibles, celle de la collectivité. La législation interne doit donc ménager des garanties appropriées pour empêcher toute communication ou divulgation de données à caractère personnel relatives à la santé qui ne serait pas conforme aux garanties prévues à l'article 8 de la Convention<sup>98</sup>.

### 3. *La divulgation de données relatives à la santé et l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée*

Les informations relatives à un état lié à la santé mentale, de par leur nature même, constituent des données à caractère personnel très sensibles, qu'elles indiquent ou non un diagnostic médical particulier. La divulgation de ce genre d'informations relève du champ de l'article 8<sup>99</sup>.

La Cour a rappelé que la divulgation de dossiers médicaux contenant des données extrêmement personnelles et sensibles, en ce compris à propos d'un avortement, par une Clinique à un Office de Sécurité Sociale et par conséquent à un cercle plus large de fonctionnaires publics, sans le consentement du patient concerné, constituait une ingérence dans le droit au respect de la vie privée de ce dernier. La divulgation de données médicales par des institutions médicales à des journaux, au bureau d'un procureur et à l'employeur d'un patient et la collecte des données médicales d'un patient par une institution responsable pour le contrôle de la qualité des soins de santé constituent aussi des ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée<sup>100</sup>.

En l'espèce, la Cour considère que la divulgation par un médecin psychiatre d'informations confidentielles extrêmement personnelles et sensibles à propos de la requérante et obtenues durant son hospitalisation et son traitement involontaire (forcé) à cet hôpital, constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée de celle-ci<sup>101</sup>. De la même façon, la divulgation d'informations relatives à l'état de santé de la requérante à sa mère constitue aussi une ingérence dans le droit au respect de la vie privée<sup>102</sup>. En l'espèce, les deux sortes de divulgation n'étaient pas « prévues par la loi ».

<sup>98</sup> *Ibid.*, § 93.

<sup>99</sup> *Ibid.*, § 94.

<sup>100</sup> *Ibid.*, § 95.

<sup>101</sup> *Ibid.*, § 99.

<sup>102</sup> *Ibid.*, § 100.



## K. LES LITIGES EN MATIÈRE DE FILIATION

### 1. *Contestation de paternité – délai pour agir*

La détermination de la relation juridique d'un père à l'égard de son enfant putatif relève de la vie privée du premier<sup>103</sup>.

L'application stricte d'un délai d'un an pour l'introduction d'une telle procédure peut être considérée comme justifiée par l'objectif de garantir la sécurité juridique en ce qui concerne les relations parentales d'une part et, d'autre part, l'intérêt général de la société de voir la stabilité dans les relations civiles et l'origine des individus<sup>104</sup>.

L'introduction d'une mesure générale sous la forme d'une réponse législative destinée à traiter un certain type de situations pourrait être un moyen approprié d'assurer le juste équilibre susmentionné. Toutefois, un délai légal excessivement strict quant à la possibilité pour un requérant de contester sa paternité (en l'espèce, un an à compter de la naissance de l'enfant et non à partir du moment où le requérant a appris qu'il pourrait ne pas être le père de l'enfant) ne peut pas être considéré comme représentant un équilibre proportionné entre les intérêts concurrents en jeu. Bien que le choix du législateur de limiter cette possibilité dans le temps ne puisse être qualifié d'irrationnel ou d'arbitraire, elle ne peut être considérée comme proportionnée au regard des intérêts particuliers en jeu et de la rigidité avec laquelle elle est appliquée. En particulier, il n'est prévu aucune procédure permettant de tenir compte de la situation individuelle de personnes qui, comme les requérants, tombent en dehors de la période légale pour des raisons qui ne peuvent pas leur être imputées<sup>105</sup>.

### 2. *Présomption légale de paternité et réalité biologique*

La Cour a rappelé qu'une situation dans laquelle il était impossible de faire prévaloir la réalité biologique sur une présomption légale de paternité n'était pas compatible avec l'obligation de garantir le « respect » effectif de la vie privée et familiale, même eu égard à la marge d'appréciation dont jouissent les États<sup>106</sup>.

### 3. *Contestation de paternité, test ADN et protection des tiers en ce compris de l'enfant concerné*

L'apparition des tests ADN et la possibilité pour tout justiciable de s'y soumettre constituent une évolution sur le plan judiciaire, en ce que ces tests permettent d'établir avec certitude l'existence ou l'absence de liens biologiques entre diff-

<sup>103</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 5 avril 2018, n° 15074/08, *Doktorov. Bulgarie*, § 18.

<sup>104</sup> *Ibid.*, § 22.

<sup>105</sup> *Ibid.*, § 24.

<sup>106</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 31 mai 2018, n° 28475/14, *Bagniewski c. Pologne*, § 47.

rentes personnes. Cela étant, la nécessité de protéger les tiers peut conduire à exclure la possibilité de les contraindre à se soumettre à quelque analyse médicale que ce soit, notamment à des tests ADN. Une telle conclusion s'impose d'autant plus lorsque, comme en l'espèce, le tiers en question est un enfant bénéficiant d'une filiation légitime de longue date<sup>107</sup>.

Il n'y a rien d'arbitraire ou de disproportionné dans la décision de la juridiction nationale qui a donné plus de poids à l'intérêt de l'enfant qu'à l'éventuel intérêt du requérant à obtenir la vérification d'une donnée biologique. En outre, la Cour a estimé que l'âge de l'enfant, qui était mineur à l'époque des faits, devait jouer en faveur de la prise en compte de son intérêt<sup>108</sup>.

L'absence d'une quelconque manifestation de la part de l'enfant du souhait de voir vérifier sa filiation, combinée avec le temps depuis lequel celui-ci bénéficiait de son état civil d'une manière stable, ainsi qu'au regard des conséquences patrimoniales susceptibles de découler pour lui d'une telle action en désaveu de paternité, a joué en faveur de son intérêt à ne pas être privé de son lien de filiation établi au motif d'une éventuelle discordance avec la réalité biologique. Par conséquent, le fait de contraindre l'enfant à se soumettre à un test ADN aurait en l'espèce pu porter atteinte au droit de celui-ci au respect de sa vie privée et familiale et affecter son équilibre émotionnel<sup>109</sup>.

La Cour a noté que le tribunal régional n'avait pas pour autant perdu de vue l'intérêt du requérant puisqu'il avait indiqué dans la motivation de son jugement que, malgré le refus de l'enfant de se soumettre à un test ADN, dicté par la crainte de voir son identité sociale ébranlée, il était possible de renverser la présomption de paternité si d'autres éléments de preuve, susceptibles de montrer que la paternité d'un autre homme était davantage plausible, étaient proposés. La Cour note que la juridiction nationale a pris en considération la situation du requérant dans les procès, résultant du refus de l'enfant de se soumettre à un test ADN, dans le cadre de l'appréciation des preuves<sup>110</sup>.

#### 4. *Le droit d'introduire une procédure en contestation de paternité et l'impact de l'âge et du comportement du descendant concerné*

La procédure relative à l'établissement ou la contestation de paternité concerne le droit à la vie privée qui englobe d'importants aspects de l'identité personnelle<sup>111</sup>.

<sup>107</sup> *Ibid.*, § 54.

<sup>108</sup> *Ibid.*, § 55.

<sup>109</sup> *Ibid.*, § 56.

<sup>110</sup> *Ibid.*, § 57.

<sup>111</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 7 juin 2018, n° 16314/13, *Novotny c. République tchèque*, § 41.

Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'article 8 comprend, sous réserve des restrictions admises, le droit présumé du père d'introduire une procédure en contestation de sa paternité à l'égard d'un enfant qui, au vu de preuves scientifiques, n'est pas le sien<sup>112</sup>.

En ce qui concerne l'intérêt général, la Cour relève que la fille présumée du requérant est actuellement âgée de plus de cinquante ans et n'est pas à charge du requérant. L'intérêt général de la protection de ses droits à ce stade a donc perdu beaucoup de son importance par rapport à son enfance. En outre, elle a accepté le test ADN et déclaré qu'elle n'avait aucune objection à ce que le requérant conteste sa paternité et qu'elle ne le considérerait apparemment pas comme son père. Il apparaît donc que l'absence de procédure permettant d'aligner la situation juridique sur la réalité biologique est incompatible avec les souhaits des personnes concernées et ne profite en réalité à personne<sup>113</sup>.

Selon la jurisprudence de la Cour, une situation dans laquelle une présomption légale prévaut sur la réalité biologique pourrait ne pas être compatible avec l'obligation d'assurer un « respect » effectif de la vie privée et familiale, même compte tenu de la marge d'appréciation laissée aux États<sup>114</sup>.

#### L. CHANGEMENT DE PRÉNOM REFUSÉ AU MOTIF QUE L'OPÉRATION DE CONVERSION SEXUELLE N'ÉTAIT PAS ENCORE RÉALISÉE

Dans cette affaire, une personne transsexuelle ne parvenait pas à obtenir un changement de prénom au motif qu'elle n'aurait pas subi l'opération de conversion<sup>115</sup>.

La Cour rappelle que cette problématique relève pleinement du droit au respect de la vie privée et tombe dès lors sans conteste dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention, comme d'ailleurs la Cour l'a plus largement affirmé dans des affaires portant sur le choix ou le changement des noms ou des prénoms de personnes physiques<sup>116</sup>.

Dans le domaine de la réglementation des conditions nécessaires pour le changement des noms des personnes physiques, la Cour reconnaît que les États contractants jouissent d'une large marge d'appréciation. Mais elle rappelle que s'il peut exister de véritables raisons amenant un individu à désirer changer de nom ou de prénom, des restrictions légales à cette possibilité peuvent se justifier dans l'intérêt public, par exemple afin d'assurer un enregistrement exact de la popula-

<sup>112</sup> *Ibid.*, §§ 45 et 47.

<sup>113</sup> *Ibid.*, § 49.

<sup>114</sup> *Ibid.*, § 50.

<sup>115</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 11 octobre 2018, n° 55216/08, *S.V. c. Italie*, § 57.

<sup>116</sup> *Ibid.*, § 58 (voy. les §§ 54 et 55).

tion ou de sauvegarder les moyens d'une identification personnelle et de relier à une famille les porteurs d'un nom donné<sup>117</sup>.

Cela étant, en ce qui concerne la mise en balance des intérêts concurrents, la Cour a souligné l'importance particulière que revêtent les questions touchant à l'un des aspects les plus intimes de la vie privée, soit le droit à l'identité sexuelle, domaine dans lequel les États contractants jouissent d'une marge d'appréciation restreinte<sup>118</sup>.

La question principale qui se posait en l'espèce était celle de savoir si, compte tenu de la marge d'appréciation dont elle disposait, l'Italie avait bien ménagé un juste équilibre dans la mise en balance entre l'intérêt général et l'intérêt privé de la requérante à ce que son prénom corresponde à son identité de genre<sup>119</sup>.

La Cour était appelée dans cette affaire à déterminer si le refus des autorités d'autoriser la requérante à changer de prénom au cours du processus de transition sexuelle et avant l'aboutissement de l'opération de conversion constituait ou non une atteinte disproportionnée au droit de celle-ci au respect de sa vie privée<sup>120</sup>.

La Cour n'a pas mis en cause le choix du législateur italien de confier à l'autorité judiciaire plutôt qu'à l'autorité administrative les décisions en matière de changement de registre d'état civil des personnes transsexuelles. Elle a aussi pleinement admis que la préservation du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, de la garantie de la fiabilité et de la cohérence de l'état civil et, plus largement, de l'exigence de sécurité juridique, relevaient de l'intérêt général et justifiaient la mise en place de procédures rigoureuses dans le but notamment de vérifier les motivations profondes d'une demande de changement légal d'identité<sup>121</sup>.

Toutefois, la Cour n'a pu que constater que le rejet de la demande de la requérante était basé sur des arguments purement formels ne prenant nullement en compte la situation concrète de l'intéressée. Ainsi, les autorités n'avaient pas considéré que celle-ci avait entrepris un parcours de transition sexuelle depuis des années et que son apparence physique, de même que son identité sociale, était déjà féminine depuis longtemps<sup>122</sup>.

Dans les circonstances de l'espèce, la Cour n'a pas identifié de raisons d'intérêt général qui auraient pu empêcher pendant plus de deux ans et demi la mise en adéquation du prénom figurant sur les documents officiels de la requérante avec la réalité de la situation sociale de celle-ci, pourtant reconnue par le tribunal civil de Rome dans son jugement du 10 mai 2001. Elle réitère à ce propos le principe

<sup>117</sup> *Ibid.*, § 61.

<sup>118</sup> *Ibid.*, § 62.

<sup>119</sup> *Ibid.*, § 63.

<sup>120</sup> *Ibid.*, § 66.

<sup>121</sup> *Ibid.*, § 69.

<sup>122</sup> *Ibid.*, § 70.

selon lequel la Convention protège des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs<sup>123</sup>.

En revanche, la Cour constate une rigidité du processus judiciaire de reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transsexuelles en vigueur à l'époque des faits qui a placé la requérante pendant une période déraisonnable dans une situation anormale lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété<sup>124</sup>.

L'impossibilité pour la requérante d'obtenir la modification de son prénom pendant une période de deux ans et demi au motif que son parcours de transition ne s'était pas conclu par une opération de conversion sexuelle a été jugée, dans les circonstances de l'espèce, comme constitutive d'un manquement de l'État défendeur à son obligation positive de garantir le droit de l'intéressée au respect de sa vie privée<sup>125</sup>.

#### M. LA LIBERTÉ D'EXPRESSION, LA VIE PRIVÉE, LA RÉPUTATION ET L'HONNEUR

La Cour a rappelé les principes en matière de liberté de la presse et de vie privée dans l'affaire *Kaboglu et Oran c. Turquie*<sup>126</sup>. Celle-ci a toutefois été renvoyée devant la Grande Chambre.

##### 1. La protection de la réputation par le droit au respect de la vie privée

Le droit d'une personne à la protection de sa réputation est couvert par l'article 8 de la Convention en tant qu'élément du droit au respect de la vie privée. En effet, la réputation d'une personne fait partie de son identité personnelle et de son intégrité morale, qui relèvent tous deux de sa vie privée même si cette personne fait l'objet de critiques dans le cadre d'un débat public. Les mêmes considérations s'appliquent à l'honneur d'une personne. Cependant, pour que l'article 8 de la Convention trouve à s'appliquer, l'atteinte à la réputation doit atteindre un certain seuil de gravité et avoir été portée de manière à nuire à la jouissance personnelle du droit au respect de la vie privée<sup>127</sup>.

<sup>123</sup> *Ibid.*, § 71.

<sup>124</sup> *Ibid.*, § 72.

<sup>125</sup> *Ibid.*, § 75.

<sup>126</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 30 octobre 2018, n°s 1759/08, 50766/10 et 50782/10, *Kaboglu et Oran c. Turquie*.

<sup>127</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 13 février 2018, n°s 61949/08, 38776/09 et 44565/09, *Seferi Yilmaz c. Turquie*, § 65; voy. aussi l'arrêt du 17 juillet 2018, n° 31221/15, *Egill Einarsson c. Islande*, § 32 et l'arrêt du 20 septembre 2018, n° 18925/09, *Jishkariani c. Georgie*, § 41.

L'article 8 ne peut toutefois pas servir pour se plaindre d'une atteinte à la réputation qui serait la conséquence prévisible de ses propres actions (comme la commission d'une infraction criminelle)<sup>128</sup>.

Dans les affaires concernant des allégations de comportement criminel, la Cour tient également compte du fait que, en vertu de l'article 6, § 2, de la Convention, les individus ont le droit d'être présumés innocents de toute infraction pénale jusqu'à ce que leur culpabilité soit établie<sup>129</sup>.

## 2. La distinction entre personnes privées et publiques

Lorsqu'une personne est soumise à la critique, il faut distinguer entre les personnes privées et les personnes qui agissent dans un contexte public comme personnes publiques ou politiques, étant entendu que si la personne privée peut réclamer la protection de sa vie privée, par contre, les limites aux commentaires critiques sont plus larges pour les personnes publiques dès lors qu'elles se sont inévitablement et consciemment exposées à la critique publique. Elles doivent donc faire preuve de plus de tolérance quant aux critiques<sup>130</sup>.

## 3. Protection de la réputation et de l'honneur d'une personne mise en cause dans le cadre d'une procédure en responsabilité introduite contre une administration publique, sans être partie à la procédure

Le droit à la protection de la réputation est un droit protégé par l'article 8 de la Convention en tant que partie intégrante du droit au respect de la vie privée. Ceci s'applique également à l'honneur d'une personne. Le concept de «vie privée» est un terme large, non susceptible de définition exhaustive, qui couvre l'intégrité physique et psychologique d'une personne et peut donc englober de multiples aspects de l'identité d'une personne, tels qu'un nom ou des éléments relatifs au droit d'une personne à leur image. Il couvre les informations personnelles dont les individus peuvent légitimement attendre qu'elles ne soient pas publiées sans leur consentement<sup>131</sup>.

Il n'y a aucune raison convaincante d'indiquer le nom de la personne accusée de harcèlement mais qui n'est pas partie à la procédure<sup>132</sup>, d'autant que la juridiction aurait pu ne pas mentionner le nom ou s'y référer à l'aide d'initiales<sup>133</sup> ou prendre des mesures relatives à l'accès au texte de la décision judiciaire<sup>134</sup>.

<sup>128</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 23 janvier 2018, n° 20487/13, *Faludy-Kovacs c. Hongrie*, § 26.

<sup>129</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 20 septembre 2018, n° 18925/09, *Jishkariani c. Georgie*, § 41.

<sup>130</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 9 janvier 2018, n° 18597/13, *Gra Stiftung Gegen Rassismus und Antisemitismus c. Suisse*, § 62.

<sup>131</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 6 novembre 2018, n° 25527/13, *Vicent Del Campo c. Espagne*, § 36.

<sup>132</sup> *Ibid.*, § 49.

<sup>133</sup> *Ibid.*, § 51.

<sup>134</sup> *Ibid.*, § 50.

En l'espèce, la juridiction espagnole aurait dû prendre des mesures appropriées pour protéger le droit au respect de la vie privée de cette personne lorsqu'elle a rédigé son arrêt<sup>135</sup>.

#### 4. Presse, la liberté d'expression et protection de la réputation

La liberté d'expression est un des fondements essentiels d'une société démocratique et l'une des conditions élémentaires de son progrès et de l'épanouissement personnel de chaque individu. Elle profite non seulement aux « informations » ou aux « idées » accueillies favorablement ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais également à celles qui choquent ou dérangeant. Telles sont les exigences du pluralisme, de la tolérance et de l'esprit large sans lesquelles il n'y a pas de « société démocratique »<sup>136</sup>.

##### *La justification des ingérences dans l'exercice du droit à la liberté d'expression*

La liberté d'expression peut être sujette à des exceptions qui doivent être interprétées de manière stricte et leur caractère nécessaire doit être établi de manière convaincante<sup>137</sup>.

Le critère de « nécessité » dans une société démocratique impose de déterminer si l'ingérence incriminée correspondait à un « besoin social impérieux ». Les États contractants ont une certaine marge d'appréciation pour déterminer si un tel besoin existe, mais cela va de pair avec le contrôle exercé par la Cour, qui englobe à la fois la législation et les décisions qui l'appliquent, même celles rendues par un tribunal indépendant. La Cour est donc compétente pour statuer définitivement sur le point de savoir si une « ingérence » est conciliable avec la liberté d'expression<sup>138</sup>.

La Cour doit examiner l'ingérence incriminée à la lumière de l'ensemble de l'affaire et déterminer si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi » et si les raisons invoquées par les autorités nationales pour la justifier sont « pertinentes et suffisantes ». Ce faisant, la Cour s'assure que les autorités nationales appliquent des normes conformes aux principes consacrés à l'article 10 et qu'elles s'appuient en outre sur une évaluation acceptable des faits pertinents. En outre, le caractère équitable de la procédure, les garanties procédurales offertes ainsi que la nature et la sévérité des sanctions infligées sont des éléments à prendre en compte pour apprécier la proportionnalité d'une atteinte à la liberté d'expression<sup>139</sup>.

En outre, il faut tenir compte du rôle prépondérant de la presse dans un État de droit. Si la presse ne doit pas outrepasser les limites imposées notamment à « la

<sup>135</sup> *Ibid.*, § 55.

<sup>136</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 20 mars 2018, n° 45791/13, *Falzon c. Malta*, § 51.

<sup>137</sup> *Ibid.*, § 51.

<sup>138</sup> *Ibid.*, § 52.

<sup>139</sup> *Ibid.*, § 52.

protection de la réputation d'autrui», il lui incombe néanmoins de donner des informations et des idées sur des questions d'intérêt public. Non seulement il a pour tâche de transmettre de telles informations et idées ; le public a également le droit de les recevoir. S'il en était autrement, la presse ne pourrait pas jouer son rôle vital de « chien de garde public ». La presse est un vecteur de diffusion des débats sur des questions d'intérêt public, mais elle a également pour rôle de révéler et de porter à la connaissance du public des informations susceptibles de susciter un tel intérêt et de susciter un tel débat au sein de la société<sup>140</sup>.

Dans le même temps, la protection conférée aux journalistes est subordonnée au fait qu'ils agissent de bonne foi afin de fournir des informations précises et fiables, conformément aux principes du journalisme responsable. L'exercice de cette liberté comporte « des devoirs et des responsabilités » qui s'appliquent également à la presse. Ces « devoirs et responsabilités » sont susceptibles de prendre une signification lorsqu'il est question d'attaquer la réputation des personnes privées et de porter atteinte aux « droits des autres »<sup>141</sup>.

Selon la jurisprudence constante de la Cour, pour déterminer s'il est nécessaire de porter atteinte à la liberté d'expression dans une société démocratique dans l'intérêt de « la protection de la réputation d'autrui », il peut être nécessaire de vérifier si dans le droit interne les autorités ont trouvé un juste équilibre en protégeant deux valeurs garanties par la Convention qui peuvent entrer en conflit dans certains cas, à savoir la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée. La Cour souligne que, pour que l'article 8 de la Convention entre en jeu, une atteinte à la réputation d'une personne doit atteindre un certain niveau de gravité et doit porter atteinte à la jouissance personnelle du droit au respect de la vie privée. Les critères pertinents pour établir un équilibre entre le droit à la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée sont notamment les suivants : la contribution à un débat d'intérêt général ; la notoriété de la personne concernée ainsi que sa conduite antérieure ; la manière dont l'information a été obtenue ainsi que sa véracité ; le contenu, la forme et les conséquences de la publication ; et la sévérité de la sanction infligée<sup>142</sup>.

La Cour a toujours reconnu le rôle essentiel joué par la presse dans une société démocratique. La Cour a précédemment établi que la presse, ainsi que les ONG, exerçaient des fonctions de chien de garde et que le rôle des blogueurs et des utilisateurs populaires des médias sociaux pouvait également être assimilé à celui de « chien de garde public ». La manière dont les chiens de garde publics exercent leurs activités peut avoir une incidence importante sur le bon fonctionnement d'une société démocratique<sup>143</sup>.

<sup>140</sup> *Ibid.*, § 53.

<sup>141</sup> *Ibid.*, § 54.

<sup>142</sup> *Ibid.*, § 55.

<sup>143</sup> *Ibid.*, § 57.



La Cour rappelle la distinction fondamentale entre les détails de la vie privée d'un individu et les faits susceptibles de contribuer à un débat dans une société démocratique (comme ceux qui concernent les hommes politiques dans l'exercice de leurs fonctions officielles, par exemple). En l'espèce, l'article litigieux ne faisait pas référence à un aspect de la vie privée de M.F., mais à son comportement en tant qu'homme politique. Pour la Cour, il ne fait aucun doute que le comportement d'un homme politique et les éventuelles conséquences pour le public et les tiers sont des questions d'intérêt public. En effet, remettre en question le comportement d'un homme politique et faire en sorte que ce dernier rende compte contribue certainement à un débat d'intérêt général pour la société maltaise dans son ensemble. À cet égard, la Cour rappelle que l'article 10, § 2, de la Convention laisse peu de place aux restrictions au discours politique ou au débat sur des questions d'intérêt public<sup>144</sup>.

En l'espèce, la Cour relève que M.F. est un homme politique qui s'est inévitablement et sciemment ouvert à un examen minutieux de tous ses actes et de ses actes tant par les journalistes que par le grand public, et il doit par conséquent faire preuve d'une plus grande tolérance. De plus, c'était M.F. qui a attiré l'attention du public sur la question initiale. En effet, il a prononcé un discours public, rapporté par les médias nationaux, au cours duquel il a informé le public qu'il avait reçu un courrier électronique anonyme et des lettres de menaces, pour lesquels il s'était plaint directement à la CdP, et a divulgué les détails de leur discussion<sup>145</sup>.

La Cour note encore que c'est principalement par le discours de M.F. que le requérant a obtenu les informations générales sur lesquelles son article était fondé. En outre, les articles antérieurs, qui avaient été écrits sur la question, ont également été mentionnés par M.F. dans son discours. La Cour souligne l'importance qu'elle attache au respect des devoirs et des responsabilités des journalistes et aux principes éthiques de leur profession. S'agissant de savoir si le requérant a agi de bonne foi et s'est assuré que l'article était rédigé conformément aux obligations journalistiques ordinaires consistant à vérifier des allégations factuelles, le Tribunal répète que cette obligation impose au journaliste de s'appuyer sur une base factuelle suffisamment précise et fiable proportionnée à la nature et au degré de l'allégation, étant donné que plus l'allégation est grave, plus le fondement factuel doit être solide<sup>146</sup>.

## 5. Presse, liberté d'expression et respect de la vie privée

### a. Le rôle de « chien de garde » et la responsabilité de la presse

La liberté de la presse joue un rôle fondamental et essentiel dans le bon fonctionnement d'une société démocratique. Si la presse ne doit pas franchir certaines limites, concernant notamment la protection de la réputation et des droits d'autrui, il lui

<sup>144</sup> *Ibid.*, § 58.

<sup>145</sup> *Ibid.*, § 59.

<sup>146</sup> *Ibid.*, § 60.

incombe de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général, y compris celles qui se rapportent à l'administration de la justice. La marge d'appréciation des autorités nationales se trouve ainsi circonscrite par l'intérêt d'une société démocratique à permettre à la presse de jouer son rôle indispensable de « chien de garde ». Les journalistes doivent cependant agir de bonne foi, sur la base de faits exacts, et fournir des informations « fiables et précises » dans le respect de l'éthique journalistique. Une certaine dose « d'exagération » ou de « provocation » est permise dans le cadre de l'exercice de la liberté journalistique<sup>147</sup>.

Une distorsion de la réalité, opérée de mauvaise foi, peut parfois transgresser les limites de la critique acceptable : une affirmation véridique peut se doubler de remarques supplémentaires, de jugements de valeur, de suppositions, voire d'insinuations, susceptibles de créer une image erronée aux yeux du public. Ainsi, la mission d'information comporte nécessairement des devoirs et des responsabilités ainsi que des limites que les organes de presse doivent s'imposer spontanément. C'est particulièrement le cas lorsque le récit médiatique tend à imputer des faits d'une particulière gravité à des personnes nommément citées, une telle imputation comportant le risque de désigner ces personnes à la vindicte publique<sup>148</sup>.

## b. Les critères applicables pour évaluer l'équilibre entre le droit au respect de la vie privée et la liberté d'expression

La Cour rappelle qu'il lui incombe de déterminer si l'État a ménagé un juste équilibre entre le droit au respect de la vie privée et le droit à la liberté d'expression. Les critères pertinents pour apprécier l'équilibre entre le droit au respect de la vie privée et la liberté d'expression sont les suivants : la contribution à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée, l'objet du reportage, le comportement antérieur de la personne concernée, le contenu, la forme et les répercussions de la publication, ainsi que, le cas échéant, les circonstances de l'espèce et en particulier les circonstances dans lesquelles l'information ou la photographie a été obtenue. Si la mise en balance entre ces deux droits s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes<sup>149</sup>.

Afin d'apprécier l'existence d'une atteinte au droit à la vie privée, la Cour doit analyser les articles litigieux en prenant en compte leur teneur mais aussi le contexte dans lequel ils s'insèrent. Dans le cas qui lui était soumis, les articles de presse incriminés concernaient les documents et les déclarations recueillis lors de l'enquête et de la procédure pénales, auxquelles le public portait un certain intérêt<sup>150</sup>.

<sup>147</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 13 février 2018, n° 61949/08, 38776/09 & 44565/09, *Seferi Yilmaz c. Turquie*, § 66.

<sup>148</sup> *Ibid.*, § 67.

<sup>149</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 23 janvier 2018, n° 20487/13, *Faludy-Kovacs c. Hongrie*, §§ 28-29 ; arrêt du 13 février 2018, n° 61949/08, 38776/09 & 44565/09, *Seferi Yilmaz c. Turquie*, § 70.

<sup>150</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 13 février 2018, n° 61949/08, 38776/09 & 44565/09, *Seferi Yilmaz c. Turquie*, § 74.

À cet égard, la Cour a noté que lorsque la presse contribue au débat public sur des questions suscitant une préoccupation légitime, elle devait en principe pouvoir s'appuyer sur des rapports officiels sans avoir à entreprendre de recherches indépendantes. Sinon, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle indispensable de « chien de garde ». La crédibilité des sources des articles doit s'envisager sous l'angle de la situation telle qu'elle se présentait au journal en question à l'époque des faits, et non avec le recul, à partir des constatations ultérieures des tribunaux<sup>151</sup>.

Elle a ajouté que l'on ne saurait considérer que les questions dont connaissent les tribunaux ne puissent, auparavant ou en même temps, donner lieu à discussion ailleurs, que ce soit dans des revues spécialisées, la grande presse ou le public en général. À la fonction des médias consistant à communiquer de telles informations et idées s'ajoute donc le droit, pour le public, d'en recevoir. La Cour a noté dans le cas d'espèce que les informations contenues dans les articles litigieux, publiés après la levée du secret de l'instruction, étaient publiques. Elle rappelle aussi que l'information est un bien périssable et qu'en retarder la publication, même pour une brève période, risquait fort de la priver de toute valeur et de tout intérêt<sup>152</sup>.

Toujours dans le cas d'espèce, les contenus des documents litigieux avaient été présentés dans les articles en cause comme des allégations fondées sur des éléments de preuves versés au dossier de l'instruction en cours et non pas comme des faits établis. Aussi la Cour a-t-elle estimé que les articles litigieux ne pouvaient pas être considérés comme ayant franchi les limites de la liberté journalistique quant à leur manière de rapporter les faits contenus dans les documents en question. En effet, les conversations téléphoniques publiées et les autres faits relatés dans les articles n'avaient été ni dissimulés ni modifiés, les propos n'ayant pas davantage été déformés ou cités de manière inexacte<sup>153</sup>.

La Cour précise qu'il doit exister des motifs spécifiques pour relever les médias de leur obligation ordinaire de vérifier les déclarations factuelles diffamatoires à l'encontre de particuliers. À cet égard, entrent spécialement en jeu, comme en l'espèce, la nature et le degré de la diffamation en cause et la question de savoir à quel point le média peut raisonnablement considérer ses sources comme crédibles pour ce qui est des allégations<sup>154</sup>.

Lorsqu'elles sont saisies d'un article de presse contenant des éléments qui ne sont pas conformes aux normes d'un journalisme responsable, la Cour requiert que ces juridictions internes fassent preuve d'une plus grande rigueur lorsqu'elles se livrent à l'exercice de mise en balance entre le droit au respect de la vie privée et le droit à la liberté d'expression. Dans le cas d'espèce, les décisions judiciaires natio-

<sup>151</sup> *Ibid.*, § 78.

<sup>152</sup> *Ibid.*, § 79.

<sup>153</sup> *Ibid.*, § 80.

<sup>154</sup> *Ibid.*, § 86.

nales n'ont pas apporté de réponse satisfaisante à la question de savoir si la liberté de la presse pouvait justifier, dans les circonstances de l'espèce, l'atteinte portée au droit du requérant à la protection de sa réputation par le contenu de l'article litigieux et qui lui imputait des faits d'une particulière gravité, une telle imputation comportant le risque de livrer l'intéressé à la vindicte publique. La Cour estime que l'absence de cette mise en balance et l'insuffisance de motivation des décisions des juridictions internes sont, en soi, problématiques au regard de l'article 8 de la Convention<sup>155</sup>. Les mêmes lacunes empêchent également la Cour d'exercer effectivement son contrôle européen sur la question de savoir si les autorités nationales ont appliqué les normes établies par sa jurisprudence concernant la mise en balance entre les intérêts en jeu<sup>156</sup>. Il y a donc eu violation de l'article 8<sup>157</sup>.

## 6. *La distinction entre les affirmations de fait et les jugements de valeur*

La Cour insiste à juste titre sur la distinction entre affirmations de fait et jugements de valeur. Il est possible de rapporter la preuve de la matérialité d'un fait. Par contre, il n'est pas possible de démontrer l'exactitude d'un jugement de valeur. Il s'ensuit que l'obligation de prouver l'exactitude d'un jugement de valeur est impossible à remplir. De ce fait, elle porte atteinte à la liberté d'opinion elle-même, qui est un élément fondamental du droit garanti par l'article 10. Cependant, en présence d'un jugement de valeur, la proportionnalité de l'ingérence dépend de l'existence d'une « base factuelle » suffisante sur laquelle reposent les propos litigieux. À défaut, le jugement de valeur pourrait se révéler excessif. Pour distinguer affirmation de fait et jugement de valeur, il faut tenir compte des circonstances de l'espèce et de la tonalité générale des propos, étant entendu que des assertions relatives à des questions d'intérêt public peuvent constituer à ce titre des jugements de valeur plutôt que des affirmations de fait<sup>158</sup>.

À propos de la classification par une organisation non gouvernementale agissant contre le racisme et l'antisémitisme de certaines déclarations en tant que « racisme verbal » (ce discours étant déjà présent sur le site web du parti politique en question), la Cour a jugé que la classification du discours en « racisme verbal » correspondait à un jugement de valeur pour lequel il fallait vérifier l'existence d'une base factuelle suffisante<sup>159</sup>. Dans le cas d'espèce, la Cour a souligné le fait qu'il ne pouvait pas être dit que cette base factuelle ferait défaut dès lors les déclarations litigieuses supportaient une initiative déjà décrite par plusieurs organisations comme étant discriminatoire, xénophobe ou raciste<sup>160</sup>.

<sup>155</sup> *Ibid.*, § 90.

<sup>156</sup> *Ibid.*, § 91.

<sup>157</sup> *Ibid.*, § 92.

<sup>158</sup> *Ibid.*, § 68. Voy. aussi l'arrêt du 20 septembre 2018, n° 18925/09, *Jishkariani c. Georgie*, § 44.

<sup>159</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 9 janvier 2018, n° 18597/13, *Gra Stiftung Gegen Rassismus und Antisemitismus c. Suisse*, § 69.

<sup>160</sup> *Ibid.*, § 73.

La qualification d'une déclaration en tant que fait ou jugement de valeur est une question qui relève en premier lieu de la marge d'appréciation des autorités nationales, en particulier des tribunaux nationaux. La Cour peut toutefois juger nécessaire de procéder à sa propre évaluation des déclarations incriminées<sup>161</sup>.

Dans l'exercice de ses fonctions de contrôle, la Cour n'a pas pour rôle de se substituer aux tribunaux nationaux, mais bien de vérifier, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si les décisions qu'ils ont prises en vertu de leur pouvoir d'appréciation sont compatibles avec les dispositions de la Convention invoquées. Lorsque les autorités nationales ont soupesé les intérêts en jeu en se conformant aux critères énoncés dans la jurisprudence de la Cour, il lui faut des raisons solides pour qu'elle substitue son point de vue à celui des tribunaux nationaux<sup>162</sup>.

La Cour a indiqué divers critères pertinents pour établir un équilibre entre le droit au respect de la vie privée et le droit à la liberté d'expression. Dans les circonstances de l'espèce, la Cour juge approprié de considérer les critères applicables suivants : la contribution à un débat d'intérêt général, la notoriété de la requérante et son comportement antérieur, l'objet des déclarations, le contenu, la forme et les conséquences des déclarations, les méthodes d'obtention de l'information et la véracité de celle-ci<sup>163</sup>.

La Convention ne peut pas être interprétée comme obligeant les individus à tolérer qu'ils soient publiquement accusés d'actes criminels par des agents de l'État dont le public s'attend à ce qu'ils possèdent des informations vérifiées concernant ces accusations, sans que de telles déclarations soient soutenues par des faits<sup>164</sup>.

### 7. *Protection de la liberté d'expression politique et condamnation pour diffamation*

La Cour rappelle que l'article 10, § 2, de la Convention laisse peu de place aux restrictions à l'expression politique ou au débat sur des questions d'intérêt public<sup>165</sup>.

Lorsqu'elle apprécie le caractère nécessaire de l'ingérence dans une société démocratique, la Cour rappelle les principes suivants<sup>166</sup> :

1° La liberté d'expression est l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et l'une des conditions fondamentales de son progrès et de l'épanouissement de chaque individu. Elle s'applique non seulement aux « informations » ou aux « idées » accueillies favorablement ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais également à celles qui offensent, choquent ou dérangent.

<sup>161</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 20 septembre 2018, n° 18925/09, *Jishkariani c. Georgie*, § 44.

<sup>162</sup> *Ibid.*, § 45.

<sup>163</sup> *Ibid.*, § 46.

<sup>164</sup> *Ibid.*, § 62.

<sup>165</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 20 novembre 2018, n° 26922/14, *Toranzo Gomez c. Espagne*, § 49.

<sup>166</sup> *Ibid.*, § 48.

Telles sont les exigences du pluralisme, de la tolérance et de l'ouverture d'esprit sans lesquelles il n'y a pas de « société démocratique ». Cette liberté est sujette à des exceptions, mais celles-ci doivent être interprétées de manière stricte et la nécessité de restrictions éventuelles doit être établie de manière convaincante.

- 2° L'adjectif « nécessaire » à l'article 10, § 2 implique l'existence d'un besoin social impérieux. Les Hautes Parties contractantes ont une marge d'appréciation pour déterminer si un tel besoin existe, mais cela va de pair avec un contrôle européen, englobant à la fois la loi et les décisions qui l'appliquent, même celles rendues par des tribunaux indépendants. La Cour est donc habilitée à statuer de manière définitive sur le point de savoir si une « restriction » peut être conciliée avec la liberté d'expression.
- 3° La tâche de la Cour n'est pas de remplacer les autorités nationales compétentes mais de contrôler les décisions qu'elles ont prises dans le cadre de l'article 10. Cela ne signifie pas que le contrôle de la Cour se limite à vérifier si ces autorités ont exercé leur pouvoir discrétionnaire raisonnablement, avec soin et de bonne foi. La Cour doit plutôt examiner l'ingérence à la lumière de l'affaire dans son ensemble et déterminer si elle était proportionnée au but légitime poursuivi et si les raisons avancées par les autorités nationales pour la justifier étaient pertinentes et suffisantes. Ce faisant, la Cour doit s'assurer que ces autorités appliquaient des normes conformes aux principes consacrés à l'article 10 et reposaient sur une évaluation acceptable des faits pertinents<sup>167</sup>.

Lorsque la Cour évalue la mise en balance entre le droit à la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée, elle se réfère aux principes généraux suivants<sup>168</sup> :

- 1° Dans de tels cas, l'issue ne devrait pas varier selon que la requête a été introduite en vertu de l'article 8 par la personne qui fait l'objet de la publication ou en vertu de l'article 10 par celle qui l'a publiée, car, en principe, les droits protégés par ces articles méritent un respect égal.
- 2° Le choix des moyens de faire respecter l'article 8 dans le cadre des relations entre les individus relève en principe de la marge d'appréciation de la Haute Partie contractante, que les obligations qui lui incombent soient positives ou négatives. Il existe différentes manières de garantir le respect de la vie privée et la nature de l'obligation dépendra de l'aspect particulier de la vie privée en cause.
- 3° De même, aux termes de l'article 10 de la Convention, les Hautes Parties contractantes disposent d'une marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure une atteinte au droit à la liberté d'expression est nécessaire.
- 4° La marge d'appréciation, cependant, va de pair avec un contrôle européen, englobant à la fois la législation et les décisions qui l'appliquent, même celles rendues par des tribunaux indépendants. Dans l'exercice de sa fonction de contrôle, la Cour ne doit pas se substituer aux tribunaux nationaux mais

<sup>167</sup> *Ibid.*, § 48.

<sup>168</sup> *Ibid.*, § 50.

examiner, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, la compatibilité de leurs décisions avec les dispositions de la Convention invoquées.

5° Si les autorités nationales ont procédé à la mise en balance conformément aux critères énoncés dans la jurisprudence de la Cour, il faudrait de très sérieuses raisons pour substituer son opinion à la leur.

La Cour rappelle encore que l'atteinte à la réputation d'une personne doit atteindre un certain niveau de gravité et porter atteinte à la jouissance personnelle du droit à respect de la vie privée. Plus précisément, la réputation a déjà été considérée comme un droit indépendant principalement lorsque les allégations factuelles étaient d'une nature tellement choquante que leur publication avait un effet direct inévitable sur la vie privée du requérant<sup>169</sup>.

Enfin, elle rappelle que l'article 8 ne peut être invoqué pour se plaindre d'une perte de réputation qui est la conséquence prévisible de ses propres actions, comme par exemple la commission d'une infraction pénale<sup>170</sup>.

En l'espèce, l'expression « torture » employée par le requérant est un jugement de valeur dont la véracité n'est pas susceptible de preuve. De tels jugements de valeur peuvent être excessifs en l'absence de toute base factuelle mais, à la lumière des éléments susmentionnés, cela ne semble pas avoir été le cas en l'espèce. En effet, le fondement factuel en cause se trouve dans les jugements du tribunal pénal et de l'audience provinciale, qui ont clairement décrit les méthodes de la police. La description des faits constatée par la juridiction nationale correspond en substance à la description du requérant. La Cour estime que le requérant a utilisé le mot « torture » de manière familière dans le but de dénoncer les méthodes employées par la police et ce qu'il considérait comme un recours excessif et disproportionné à la force par la police et les mauvais traitements qu'il estime avoir subis de la main de la police et des pompiers<sup>171</sup>.

Restreindre le droit du requérant de critiquer les agissements des pouvoirs publics en imposant l'obligation de respecter scrupuleusement la définition légale de la torture figurant dans le code pénal espagnol serait une lourde charge pour le requérant (ainsi que pour un citoyen moyen), ce qui porterait atteinte de manière disproportionnée à son droit à la liberté d'expression et à exprimer publiquement des critiques sur ce qu'il considérait comme une action disproportionnée de la part de la police et des mauvais traitements infligés par les pompiers<sup>172</sup>.

<sup>169</sup> *Ibid.*, § 51.

<sup>170</sup> *Ibid.*, § 52.

<sup>171</sup> *Ibid.*, § 59.

<sup>172</sup> *Ibid.*, § 65.



## 8. *Protection de la réputation, liberté d'expression, vie privée et sanction infligée à un média*

La Cour rappelle encore que le droit à la protection de la réputation est couvert par l'article 8 de la Convention en tant que partie intégrante du droit au respect de la vie privée et que l'atteinte à la réputation doit atteindre un certain niveau de gravité et porter atteinte à la jouissance personnelle du droit au respect de la vie privée, étant entendu que l'article 8 ne pouvait pas être invoqué pour se plaindre d'une perte de réputation qui serait la conséquence prévisible de ses propres actions, comme par exemple la commission d'une infraction pénale<sup>173</sup>.

Pour évaluer si un équilibre a été respecté entre vie privée et liberté d'expression, la Cour utilise les critères suivants :

- déterminer si l'article contribuait à un débat d'intérêt général ;
- la définition de ce qui constitue un sujet d'intérêt général en fonction des circonstances de l'espèce ;
- le degré de notoriété de la personne concernée, à savoir son rôle ou sa fonction et la nature des activités faisant l'objet de la publication ;
- le comportement de la personne concernée avant la publication de l'article ;
- la méthode utilisée par le journaliste pour obtenir les informations et sa véracité, à savoir si le journaliste agissait de bonne foi et sur une base factuelle exacte, en fournissant des informations « fiables et précises » conformément à la déontologie journalistique ;
- le contenu, la forme et les conséquences de la publication, y compris une évaluation de la manière dont l'article a été publié, la manière dont la personne concernée était représentée, ainsi que le degré de diffusion de la publication ;
- la sévérité de la sanction éventuellement infligée<sup>174</sup>.

Dans une autre affaire, la Cour est saisie d'une affaire impliquant la diffusion (lors de deux émissions télévisées) de « caméras cachées » qui filmaient un homme politique membre du parlement grec et président de la commission sur les jeux de hasard entrant dans un casino et jouant à deux machines. On le voit ensuite discuter avec les reporters afin qu'ils modifient leur reportage. La télévision qui a diffusé ces images a été mise à l'amende.

La Cour reconnaît que les amendes imposées à la télévision en raison de la diffusion des vidéos litigieuses constituent une ingérence à la liberté d'expression<sup>175</sup>.

Elle note que l'image et la voix du politicien ont été enregistrées à son insu et diffusées contre son gré dans un programme télévisé à forte audience<sup>176</sup>. Les sanctions poursuivent donc la protection des droits et la réputation d'autrui, en

<sup>173</sup> Cour eur. D.H., décision du 13 novembre 2018, n° 77494/17, *De Melo Champalimaud c. Portugal*, § 15.

<sup>174</sup> *Ibid.*, § 17.

<sup>175</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 22 février 2018, n° 72562/10, *Alpha Doryforiki Tileorasi Anonymi Etairia c. Grèce*, § 38.

<sup>176</sup> *Ibid.*, § 43.



l'espèce le droit du politicien au respect de son image, de ses propos et de sa réputation<sup>177</sup>.

Afin de contrôler si l'ingérence dans la liberté d'expression est justifiée, la Cour recourt aux critères suivants pour apprécier l'équilibre entre les droits en présence : la contribution à un débat d'intérêt public, la notoriété de la personne, le sujet de la publication, la manière dont l'information a été collectée et sa véracité, le comportement antérieur de la personne, le contenu, la forme et les conséquences de la publication, et l'importance des sanctions imposées<sup>178</sup>.

La Cour rappelle qu'il est communément admis que les médias audiovisuels ont souvent un impact beaucoup plus immédiat et fort que les médias imprimés. En conséquence, bien que la liberté d'expression recouvre la publication de photographies, elle rappelle que c'est un domaine où la protection des droits d'autrui présente une importance particulière en particulier quand les images contiennent des informations très personnelles et intimes à propos d'une personne ou lorsqu'elles ont été prises dans un lieu privé et clandestinement grâce à des dispositions secrètes d'enregistrement. Il faut aussi tenir compte de la contribution complémentaire de la publication de photographies à un débat d'intérêt général, ainsi qu'au contenu des photographies<sup>179</sup>.

#### 9. *L'interdiction de publier la photo d'une personne célèbre lors de ses sorties dans la cour de la prison où elle était détenue*

Si la liberté d'expression comprend la publication de photographies, la Cour rappelle qu'il s'agit là néanmoins d'un domaine où la protection de la réputation et des droits d'autrui revêt une importance particulière, un cliché pouvant contenir des informations très personnelles, voire intimes, sur un individu. Le droit de la personne à la protection de son image constitue l'une des conditions essentielles de son épanouissement personnel. Il présuppose principalement la maîtrise par l'individu de son image, ce qui comprend notamment la possibilité d'en refuser la diffusion<sup>180</sup>.

La Cour rappelle les principes à suivre lors de l'examen du juste équilibre à ménager entre le droit à la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée. Elle rappelle que si la mise en balance par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par sa jurisprudence, il lui faut des raisons sérieuses pour qu'elle substitue son avis à celui des juridictions internes. Le résultat de la mise en balance effectuée par les juridictions nationales peut être accepté dans

<sup>177</sup> *Ibid.*, § 43.

<sup>178</sup> *Ibid.*, § 47.

<sup>179</sup> *Ibid.*, § 48.

<sup>180</sup> Cour eur. D.H., décision du 4 décembre 2018, n° 62721/13 & 62741/13, *Bild GmbH et co. c. Allemagne & Axel Springer c. Allemagne*, § 28.

la mesure où celles-ci ont appliqué les critères appropriés et où, de surcroît, elles ont pondéré l'importance de chaque critère au vu des circonstances de l'espèce<sup>181</sup>.

La Cour répète que les critères pertinents pour réaliser cette mise en balance sont la contribution à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée, l'objet du reportage, le comportement antérieur de la personne concernée, le contenu, la forme et les répercussions de la publication, les circonstances de la prise des photos litigieuses ainsi que, dans le cadre d'une requête introduite sous l'angle de l'article 10 de la Convention, ainsi que la gravité de la sanction prononcée<sup>182</sup>.

À propos de photographies illustrant un article écrit, la Cour rappelle que, d'une part, l'article 10 de la Convention laisse aux journalistes le soin de décider s'il est nécessaire ou non de reproduire le support de leurs informations pour en assurer la crédibilité et que, d'autre part, le lien qu'une photo présente avec un article ne doit pas être tenu, artificiel ou arbitraire. La Cour ne saurait dès lors suivre l'avis de la cour d'appel notamment lorsque celle-ci conclut que la publication n'était pas justifiée parce que la photo ne communiquait pas un fait nouveau, mais qu'elle se bornait à rendre compte d'un événement déjà connu du public et qu'elle était dépourvue de lien intrinsèque avec le texte de l'article<sup>183</sup>.

La Cour relève cependant que, comme la photo en question avait été prise dans des circonstances justifiant d'interdire sa publication, la cour d'appel n'a, en réalité, pas tranché la question de savoir si la photo avait une quelconque valeur informative. Les juridictions allemandes ont en effet accordé un poids considérable aux circonstances dans lesquelles la photo avait été prise. À cet égard, elles ont relevé non seulement que la photo avait été prise subrepticement depuis un endroit en principe non accessible au public ni, par ailleurs, au photographe, mais aussi que X avait été photographié alors qu'il se trouvait dans un lieu d'isolement qui n'était pas accessible au public et dans lequel X n'avait aucune raison de s'attendre à être photographié<sup>184</sup>.

En ce qui concerne les écrits de X, selon lesquels il savait qu'une partie de la cour de prison était visible depuis les maisons avoisinantes et que le risque d'être pris en photo existait, la Cour note que cette information n'a été publiée que longtemps après la parution de la photo litigieuse et qu'elle n'était connue ni des juridictions civiles lorsqu'elles ont rendu leurs décisions, ni du photographe, ni des requérantes lorsque la photo litigieuse a été respectivement prise et publiée. Cette circonstance ne pouvait dès lors avoir une quelconque influence sur la mise en balance effectuée par les juridictions civiles allemandes. La Cour accepte que les décisions aient donné un poids considérable aux conditions dans lesquelles le

<sup>181</sup> *Ibid.*, § 29.

<sup>182</sup> *Ibid.*, § 30.

<sup>183</sup> *Ibid.*, § 34.

<sup>184</sup> *Ibid.*, § 35.

cliché litigieux avait été pris dans leur pondération des droits en jeu, et ce d'autant plus que la publication d'une photo peut, en fonction de ce qu'elle donne à voir, s'analyser en une ingérence plus substantielle qu'un reportage<sup>185</sup>.

La Cour observe ensuite que les juridictions civiles ne se sont pas explicitement penchées sur le comportement antérieur de X vis-à-vis des médias. Elles ont cependant estimé que le fait pour X d'avoir été l'objet de reportages dans les médias n'était pas suffisant pour le priver de la protection de sa sphère privée et, en particulier, pour permettre la publication d'une photo montrant X dans une cour de prison. Compte tenu des considérations qu'elle a formulées au paragraphe précédent, la Cour peut souscrire à leur conclusion<sup>186</sup>.

La Cour relève en outre le fait que les juridictions internes ne se sont (pas) penchées sur la question de savoir si la publication de la photo litigieuse avait eu des répercussions particulières pour X. D'après elle, la photo avait une diffusion large puisqu'elle a été publiée dans un quotidien à grand tirage national et sur le portail Internet de celui-ci. La Cour estime par ailleurs que si la photo n'avait pas de caractère diffamatoire, péjoratif ou dénigrant pour l'image de X, elle montrait néanmoins X dans une situation dans laquelle celui-ci n'avait aucune raison de s'attendre à être photographié<sup>187</sup>.

#### 10. *La responsabilité d'un portail internet d'informations pour le contenu auquel renvoyait un lien hypertextuel*

La protection offerte aux journalistes par l'article 10 de la Convention en ce qui concerne les reportages sur des questions d'intérêt général est soumise à la condition qu'ils agissent de bonne foi et sur une base factuelle exacte et qu'ils fournissent des informations « fiables et précises » conformément à l'éthique du journalisme. Dans un monde où l'individu est confronté à de grandes quantités d'informations diffusées via les médias traditionnels et électroniques et impliquant un nombre croissant d'acteurs, le contrôle du respect de l'éthique journalistique revêt une importance accrue<sup>188</sup>.

Lorsqu'elle examine s'il est nécessaire de porter atteinte à la liberté d'expression dans une société démocratique dans l'intérêt de « la protection de la réputation ou des droits d'autrui », la Cour peut être amenée à vérifier si les autorités nationales ont ménagé un juste équilibre lorsqu'ils protègent deux valeurs garanties par la Convention qui peuvent entrer en conflit dans certains cas, à savoir la liberté d'expression protégée par l'article 10 et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée consacré à l'article 8<sup>189</sup>.

<sup>185</sup> *Ibid.*, § 36.

<sup>186</sup> *Ibid.*, § 37.

<sup>187</sup> *Ibid.*, § 38.

<sup>188</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 4 décembre 2018, n° 11257/16, *Magyar Jeti Zrt c. Hongrie*, § 64.

<sup>189</sup> *Ibid.*, § 65.

En ce qui concerne l'importance des sites Internet dans l'exercice de la liberté d'expression, la Cour a constaté que, compte tenu de son accessibilité et de sa capacité à stocker et à communiquer de grandes quantités d'informations, Internet a joué un rôle important dans l'amélioration de l'accès du public à l'information et en facilitant la diffusion de l'information en général. Dans le même temps, le risque que les contenus et les communications diffusés sur Internet compromettent l'exercice et la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en particulier du droit au respect de la vie privée, était certainement supérieur à celui de la presse. En raison de la nature particulière d'Internet, les « devoirs et responsabilités » des portails d'informations Internet aux fins de l'article 10 peuvent différer dans une certaine mesure de ceux d'un éditeur traditionnel, en ce qui concerne le contenu de tiers. Bien que les portails de nouvelles sur Internet ne soient pas les éditeurs des commentaires de tiers au sens traditionnel du terme, ils peuvent assumer une responsabilité dans certaines circonstances du contenu généré par l'utilisateur<sup>190</sup>.

En ce qui concerne les fournisseurs de services de la société de l'information stockant des informations fournies par un destinataire de leurs services, la Cour a indiqué, dans le cadre d'une plainte au titre de l'article 8, que, conformément aux normes du droit international, les fournisseurs de services de la société de l'information ne devraient pas être tenus responsables du contenu émanant de tiers, sauf s'ils n'ont pas agi avec diligence en supprimant ou en désactivant l'accès dès lors qu'ils ont pris conscience de son illégalité<sup>191</sup>.

Enfin, la Cour a estimé que les politiques régissant la reproduction de documents à partir de supports imprimés et d'Internet pouvaient être différentes. Ces dernières doivent incontestablement être adaptées aux spécificités de la technologie afin de garantir la protection et la promotion des droits et libertés concernés. L'absence d'un cadre juridique suffisant au niveau national permettant aux journalistes d'utiliser les informations obtenues sur Internet sans craindre de sanctions fait sérieusement obstacle à l'exercice de la fonction vitale de la presse en tant que « chien de garde public »<sup>192</sup>.

La Cour répète qu'elle a précédemment confirmé que la différenciation en ce qui concerne le contenu de tiers entre un opérateur de portail d'informations Internet et un éditeur traditionnel était conforme aux instruments internationaux en la matière qui traduisaient un certain développement en faveur de la distinction entre les principes juridiques régissant les activités des médias écrits et audiovisuels traditionnels, d'une part, et les activités des médias basés sur Internet, d'autre part<sup>193</sup>.

<sup>190</sup> *Ibid.*, § 66.

<sup>191</sup> *Ibid.*, § 67.

<sup>192</sup> *Ibid.*, § 68.

<sup>193</sup> *Ibid.*, § 72.

En outre, consciente du rôle joué par Internet dans l'amélioration de l'accès du public aux informations et aux actualités, la Cour souligne que les hyperliens ont précisément pour but de permettre aux internautes d'accéder à d'autres pages et ressources Web dans un réseau caractérisé par la disponibilité d'une immense quantité d'informations. Les hyperliens contribuent au bon fonctionnement d'Internet en rendant les informations accessibles en les reliant les uns aux autres<sup>194</sup>.

Les hyperliens, en tant que technique de renvoi, diffèrent essentiellement des actes de publication traditionnels en ce sens qu'ils orientent en règle générale simplement les utilisateurs vers des contenus disponibles ailleurs sur Internet. Ils ne présentent pas au public les déclarations qui y sont liées et ne communiquent pas son contenu, mais servent uniquement à attirer l'attention des lecteurs sur l'existence de documents sur un autre site Web<sup>195</sup>.

Une autre caractéristique des hyperliens par rapport aux actes de diffusion d'informations est que la personne qui fait référence à l'information par un hyperlien n'exerce aucun contrôle sur le contenu du site Web auquel un hyperlien permet d'accéder, et qui peut être modifié après la création du lien – une exception naturelle étant que le lien hypertexte pointe vers un contenu contrôlé par la même personne. De plus, le contenu derrière le lien hypertexte a déjà été mis à disposition par l'éditeur initial sur le site Web auquel il renvoie, offrant ainsi un accès illimité au public<sup>196</sup>.

Par conséquent, compte tenu des particularités des hyperliens, la Cour ne peut souscrire à l'approche des juridictions nationales consistant à assimiler la simple publication d'un hyperlien à la diffusion d'informations diffamatoires, entraînant automatiquement la responsabilité pour le contenu. Elle considère plutôt que la question de savoir si la publication d'un hyperlien peut, à juste titre du point de vue de l'article 10, engendrer une telle responsabilité nécessite une évaluation individuelle dans chaque cas, en tenant compte de nombreux éléments<sup>197</sup>.

La Cour a notamment identifié les aspects suivants comme pertinents pour son analyse de la responsabilité de la société requérante en tant qu'éditeur d'un hyperlien<sup>198</sup>:

- 1° Le journaliste a-t-il approuvé le contenu litigieux ?
- 2° Le journaliste a-t-il répété le contenu incriminé (sans l'avaliser) ?
- 3° Le journaliste a-t-il simplement mis un lien hypertexte vers le contenu contesté (sans l'endosser ni le répéter) ?
- 4° Le journaliste savait-il ou aurait-il pu raisonnablement savoir que le contenu contesté était diffamatoire ou autrement illégal ?

<sup>194</sup> *Ibid.*, § 73.

<sup>195</sup> *Ibid.*, § 74.

<sup>196</sup> *Ibid.*, § 75.

<sup>197</sup> *Ibid.*, § 76.

<sup>198</sup> *Ibid.*, § 77.

5° Le journaliste a-t-il agi de bonne foi, a-t-il respecté l'éthique du journalisme et a-t-il fait preuve de la diligence requise en matière de journalisme responsable ?

S'agissant de la question de la répétition, la Cour rappelle que « la punition d'un journaliste qui aide à la diffusion de déclarations d'une autre personne lors d'un entretien entraverait sérieusement l'apport de la presse à la discussion de questions d'intérêt public et ne devrait envisagée sauf s'il existe des raisons particulièrement fortes de le faire »<sup>199</sup>.

L'obligation générale imposée aux journalistes de se démarquer systématiquement du contenu d'une citation qui risquerait d'insulter ou de provoquer des tiers ou de nuire à leur réputation n'est pas conciliable avec le rôle de la presse qui consiste à fournir des informations sur l'actualité, les opinions et les idées. Gardant ces principes à l'esprit, la Cour a affirmé qu'elle n'empêcherait pas que, dans certaines hypothèses, même la simple répétition d'une déclaration, par exemple en plus d'un hyperlien, puisse poser la question de la responsabilité du journaliste. De telles situations peuvent se produire lorsqu'un journaliste n'agit pas de bonne foi conformément à l'éthique du journalisme et à la diligence attendue d'un journalisme responsable traitant d'une question d'intérêt public. Toutefois, tel n'était pas le cas dans la présente demande, où, comme on l'a vu plus haut, l'article en question ne reprenait aucune des déclarations diffamatoires ; et la publication était en effet limitée à la publication du lien hypertexte<sup>200</sup>.

## 11. *Le refus de retirer des archives disponibles en ligne*

### a. Le lien entre vie privée et données à caractère personnel

La Cour rappelle que la notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et peut donc englober de multiples aspects de l'identité d'un individu, tels l'identification et l'orientation sexuelle, le nom, ou des éléments se rapportant au droit à l'image. Cette notion comprend les informations personnelles dont un individu peut légitimement attendre qu'elles ne soient pas publiées sans son consentement<sup>201</sup>.

Elle rappelle aussi que des considérations liées à la vie privée entrent en jeu dans les situations où des informations ont été recueillies sur une personne bien précise, où des données à caractère personnel ont été traitées ou utilisées et où les éléments en question ont été rendus publics d'une manière ou dans une mesure excédant ce à quoi les intéressés pouvaient raisonnablement s'attendre. Elle répète que la protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale consacré

<sup>199</sup> *Ibid.*, § 80.

<sup>200</sup> *Ibid.*, § 80.

<sup>201</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 28 juin 2018, n<sup>os</sup> 60798/10 & 65599/10, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, § 86.

par l'article 8 qui consacre le droit à une forme d'auto-détermination informationnelle, qui autorise les personnes à invoquer leur droit à la vie privée en ce qui concerne des données qui, bien que neutres, sont collectées, traitées et diffusées à la collectivité, selon des formes ou modalités telles que leurs droits au titre de l'article 8 peuvent être mis en jeu<sup>202</sup>.

#### b. La gravité de l'atteinte à la réputation

Cependant, pour que l'article 8 entre en ligne de compte, l'attaque à la réputation personnelle doit atteindre un certain niveau de gravité et avoir été effectuée de manière à causer un préjudice à la jouissance personnelle du droit au respect de la vie privée. De même, on ne saurait invoquer cette disposition pour se plaindre d'une atteinte à sa réputation qui résulterait de manière prévisible de ses propres actions, telle une infraction pénale<sup>203</sup>.

#### c. Le rôle de la presse dans une société démocratique

La presse joue un rôle essentiel dans une société démocratique ce qui inclut la rédaction de comptes rendus et de commentaires sur les procédures judiciaires. On ne saurait en effet penser que les questions dont connaissent les tribunaux ne puissent, auparavant ou en même temps, donner lieu à discussion ailleurs, que ce soit dans des revues spécialisées, dans la grande presse ou au sein du public en général. À la fonction des médias consistant à communiquer de telles informations et idées s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir. S'il en allait autrement, la presse ne pourrait pas jouer son rôle indispensable de « chien de garde ». Par ailleurs, il n'appartient pas à la Cour, ni d'ailleurs aux juridictions internes, de se substituer à la presse dans le choix du mode de compte rendu à adopter dans un cas donné<sup>204</sup>.

#### d. L'importance des archives accessibles en ligne

À ce rôle premier de la presse s'ajoute une fonction accessoire mais néanmoins d'une importance certaine, qui consiste à constituer des archives à partir d'informations déjà publiées et à les mettre à la disposition du public. À cet égard, la Cour rappelle que la mise à disposition d'archives sur Internet contribue grandement à la préservation et à l'accessibilité de l'actualité et des informations. Les archives numériques constituent en effet une source précieuse pour l'enseignement et les recherches historiques, notamment en ce qu'elles sont immédiatement accessibles au public et généralement gratuites<sup>205</sup>.

<sup>202</sup> *Ibid.*, § 87.

<sup>203</sup> *Ibid.*, § 88.

<sup>204</sup> *Ibid.*, § 89.

<sup>205</sup> *Ibid.*, § 90.

## e. Les risques liés aux sites Internet

Les sites Internet sont des outils d'information et de communication qui se distinguent particulièrement de la presse écrite, notamment quant à leur capacité à emmagasiner et à diffuser l'information, et que les communications en ligne et leur contenu risquent bien plus que la presse de porter atteinte à l'exercice et à la jouissance des droits et libertés fondamentaux, en particulier du droit au respect de la vie privée, et ce notamment en raison du rôle important que jouent les moteurs de recherche<sup>206</sup>.

## f. Le choix des mesures visant à garantir le respect de l'article 8

Le choix des mesures propres à garantir l'observation de l'article 8 dans les rapports interindividuels relève en principe de la marge d'appréciation des États contractants, que les obligations à la charge de l'État soient positives ou négatives. Cette marge est en principe la même que celle dont les États disposent sur le terrain de l'article 10 pour juger de la nécessité et de l'ampleur d'une ingérence dans la liberté d'expression<sup>207</sup>.

La marge d'appréciation va toutefois de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. Dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, la Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions nationales, mais il lui incombe de vérifier, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation se concilient avec les dispositions invoquées de la Convention<sup>208</sup>.

Si la mise en balance par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes. En d'autres termes, la Cour reconnaît de façon générale à l'État une ample marge d'appréciation lorsqu'il doit ménager un équilibre entre des intérêts privés ou différents droits protégés par la Convention<sup>209</sup>.

## g. La nécessité de l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et les critères à mettre en œuvre pour évaluer l'équilibre entre vie privée et liberté d'expression en matière d'archives en ligne

La Cour a déjà eu l'occasion d'énoncer les principes pertinents qui doivent guider son appréciation (et, surtout, celle des juridictions internes) de la nécessité. Elle a ainsi posé un certain nombre de critères dans le contexte de la mise en balance des

<sup>206</sup> *Ibid.*, § 91.

<sup>207</sup> *Ibid.*, § 92.

<sup>208</sup> *Ibid.*, § 93.

<sup>209</sup> *Ibid.*, § 94.



droits en présence. Les critères pertinents qui ont été jusqu'ici ainsi définis sont la contribution à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée, l'objet du reportage, le comportement antérieur de la personne concernée, le contenu, la forme et les répercussions de la publication, ainsi que, le cas échéant, les circonstances de la prise des photographies<sup>210</sup>.

C'est avant tout en raison des moteurs de recherche que les informations sur les requérants, tenues à disposition par les médias concernés, peuvent facilement être repérées par les internautes. Il n'en demeure pas moins que l'ingérence initiale dans l'exercice par les requérants de leur droit au respect de la vie privée résulte de la décision des médias concernés de publier ces informations et, surtout, de les garder disponibles sur leurs sites web, fût-ce sans intention d'attirer l'attention du public, les moteurs de recherche ne faisant qu'amplifier la portée de l'ingérence en question. Cela dit, en raison de cet effet amplificateur concernant le degré de diffusion des informations et de la nature de l'activité dans laquelle s'inscrit la publication de l'information sur la personne concernée, les obligations des moteurs de recherche à l'égard de la personne concernée par l'information peuvent être différentes de celles de l'éditeur à l'origine de l'information. Par conséquent, la mise en balance des intérêts en jeu peut aboutir à des résultats différents selon que se trouve en cause une demande d'effacement dirigée contre l'éditeur initial de l'information dont l'activité se trouve en règle générale au cœur de ce que la liberté d'expression entend protéger, ou contre un moteur de recherche dont l'intérêt principal n'est pas de publier l'information initiale sur la personne concernée, mais notamment de permettre, d'une part, de repérer toute information disponible sur cette personne et, d'autre part, d'établir ainsi un profil de celle-ci<sup>211</sup>.

La Cour souligne avec insistance et à juste titre, le rôle essentiel que joue la presse dans une société démocratique, et ce également par le biais de ses sites Internet et par la constitution d'archives numériques qui contribuent grandement à améliorer l'accès du public à l'information et à sa diffusion. Par ailleurs, l'intérêt légitime du public à pouvoir accéder aux archives électroniques publiques de la presse est protégé par l'article 10 et toute mesure limitant l'accès à des informations que le public a le droit de recevoir doit être justifiée par des raisons particulièrement impérieuses<sup>212</sup>.

Dans la mesure où les requérants ne demandaient pas que les reportages litigieux soient supprimés, mais seulement que leurs noms n'y figurent plus, la Cour note que l'anonymisation d'un reportage constitue certes une mesure moins attentatoire à la liberté d'expression qu'une suppression du reportage tout entier. Elle rappelle cependant que la manière de traiter un sujet relève de la liberté journalistique et que l'article 10 laisse aux journalistes le soin de décider quels détails

<sup>210</sup> *Ibid.*, § 95.

<sup>211</sup> *Ibid.*, § 97.

<sup>212</sup> *Ibid.*, § 102.

doivent être publiés pour assurer la crédibilité d'une publication sous réserve que les choix que ceux-ci opèrent à cet égard soient fondés sur les règles d'éthique et de déontologie de leur profession. La Cour estime, à l'instar des médias tiers intervenants, que l'inclusion dans un reportage d'éléments individualisés, tel le nom complet de la personne visée, constitue un aspect important du travail de la presse, et ce d'autant plus lorsqu'il s'agit de reportages sur des procédures pénales ayant suscité un intérêt considérable. Elle conclut que, dans la présente affaire, la disponibilité des reportages litigieux sur les sites web des médias au moment de l'introduction des demandes des requérants contribuait toujours à un débat d'intérêt général que l'écoulement d'un laps de temps de quelques années n'a pas fait disparaître<sup>213</sup>.

## 12. *La réparation du préjudice moral lié à une violation de la vie privée*

La victime d'une violation de la vie privée ne peut pas s'attendre à une violation de l'article 8 au motif qu'elle n'aurait pas reçu un certain montant d'indemnité pécuniaire en réparation de son préjudice moral. Les États membres du Conseil de l'Europe peuvent réglementer différemment les questions relatives à la réparation du préjudice moral et l'imposition de limites financières n'est pas incompatible en soi avec l'obligation positive qui incombe à un État. Toutefois, pareille limite ne peut pas conduire à priver l'individu de sa vie privée et par-là vider le droit de son contenu effectif<sup>214</sup>. En ce qui concerne les frais de procédure, la Cour a déjà jugé que la décision de payer ces frais ne devait pas être déraisonnable ou disproportionnée<sup>215</sup>.

## O. INTERDICTION DE RECEVOIR EN PRISON UN LECTEUR MP3 D'UNE PERSONNE AUTRE QUE LE CONJOINT, UN PARTENAIRE OU UN PARENT PROCHE

La Cour rappelle que les prisonniers continuent de jouir de tous les droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention, à l'exception du droit à la liberté: un prisonnier ne perd pas les droits protégés par la Convention simplement en raison de son statut de personne arrêtée à la suite d'une condamnation. Par exemple, les prisonniers peuvent ne pas être maltraités et ils continuent à jouir du droit, entre autres, au respect de la vie familiale, au droit à la liberté d'expression, au droit de pratiquer sa religion, au droit au respect de la correspondance et au droit de se marier. Les circonstances de l'emprisonnement, en particulier des motifs de sécurité et de prévention des crimes et des troubles à l'ordre, peuvent justifier des restrictions à ces droits. Toutefois, toute restriction doit être justifiée dans chaque cas d'espèce<sup>216</sup>.

<sup>213</sup> *Ibid.*, § 105.

<sup>214</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 17 juillet 2018, n° 31221/15, *Egill Einarsson. c. Islande*, § 36.

<sup>215</sup> *Ibid.*, § 37.

<sup>216</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 4 décembre 2018, n°s 234/15 et 22357/15, *Kazlauskas et Nanantonis c. Lituanie*, § 56.

L'interdiction de recevoir un MP3 d'une personne qui ne soit pas le conjoint, un partenaire ou un parent proche, est une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée<sup>217</sup>. Dans le cas qui était soumis à la Cour, cette interdiction était absolue et il n'existait pas d'exception<sup>218</sup>.

La Cour s'interroge dès lors sur l'existence de la finalité légitime qui serait poursuivie par cette interdiction même si elle accepte que les États cocontractants peuvent imposer certaines contraintes à la possession de certains objets par les prisonniers<sup>219</sup>.

La Cour relève en outre que, même si rien n'empêchait le requérant d'avoir ou de jouir de dispositifs électroniques (rien n'empêche quelqu'un d'envoyer de l'argent aux détenus pour leur permettre d'acheter des appareils électroniques dans les magasins de l'établissement pénitentiaire en question; le requérant a reçu du matériel de son partenaire; il avait en sa possession plusieurs ordinateurs personnels, des écouteurs, une clé USB et un ordinateur portable; il pouvait également regarder la télévision dans les locaux spécialement aménagés du centre pénitentiaire de Vilnius), ici, la restriction imposée dépendait uniquement de ce qu'il aurait un conjoint, un partenaire ou un parent proche pour lui donner de tels dispositifs. La Cour estime donc que le gouvernement n'a pas démontré l'existence d'un besoin social impérieux justifiant une interdiction absolue de lui recevoir des éléments électroniques de personnes autres que son conjoint, son partenaire ou un proche parent<sup>220</sup>.

## II. La protection des données dans la jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice de l'Union européenne

### A. OBJET DE LA DIRECTIVE 95/46/CE

La Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E.) rappelle très opportunément que «la directive 95/46 vise à garantir un niveau élevé de protection des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel»<sup>221</sup>. À noter que le RGPD a un objet identique.

Cette réaffirmation de l'objet n'est pas sans intérêt dès lors qu'il rappelle de manière claire, d'une part, que la personne concernée est le sujet central et, d'autre part,

<sup>217</sup> *Ibid.*, § 57.

<sup>218</sup> *Ibid.*, § 63.

<sup>219</sup> *Ibid.*, § 64.

<sup>220</sup> *Ibid.*, § 65.

<sup>221</sup> C.J.U.E., *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein c. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*, C-210/16, 5 juin 2018, point 26. À noter que cet arrêt a été précédé d'un avis de l'avocat général Bot qui a été abondamment commenté dans la jurisprudence portant sur l'année 2017.

que cela induit une définition large de la notion de « responsable du traitement » qui participe et permette une telle protection. Toutes les analyses de la législation en matière de protection de données doivent nécessairement en tenir compte même si la libre circulation des données est sous-jacente à ces législations. C'est l'objet-même de la création de l'Union européenne et de la CEE avant elle.

## B. LA NOTION DE RESPONSABLE DU TRAITEMENT

Après avoir rappelé la définition de responsable du traitement, la Cour considère, dans un arrêt du 5 juin 2018, que « Facebook Inc. et, s'agissant de l'Union, Facebook Ireland doivent être regardées comme déterminant, à titre principal, les finalités et les moyens du traitement des données à caractère personnel des utilisateurs de Facebook ainsi que des personnes ayant visité les pages fan hébergées sur Facebook, et relèvent ainsi de la notion de "responsable du traitement", au sens de l'article 2, sous d), de la directive 95/46 »<sup>222</sup>.

La Cour va cependant plus loin dans son raisonnement en considérant que « l'administrateur d'une page fan hébergée sur Facebook, tel que la Wirtschaftsakademie, contribue, dans le cadre de cette page fan, à déterminer, conjointement avec Facebook Ireland et Facebook Inc., les finalités et les moyens du traitement des données personnelles des visiteurs de ladite page fan et peut donc, lui aussi, être considéré comme étant "responsable du traitement", au sens de l'article 2, sous d), de la directive 95/46 »<sup>223</sup>.

Elle complète son raisonnement en considérant que « la création d'une page fan sur Facebook implique de la part de son administrateur une action de paramétrage, en fonction, notamment, de son audience cible ainsi que d'objectifs de gestion ou de promotion de ses activités, qui influe sur le traitement de données à caractère personnel aux fins de l'établissement des statistiques établies à partir des visites de la page fan. Cet administrateur peut, à l'aide de filtres mis à sa disposition par Facebook, définir les critères à partir desquels ces statistiques doivent être établies et même désigner les catégories de personnes qui vont faire l'objet de l'exploitation de leurs données à caractère personnel par Facebook. Par conséquent, l'administrateur d'une page fan hébergée sur Facebook contribue au traitement des données à caractère personnel des visiteurs de sa page »<sup>224</sup>. L'on relève que la Cour a donné un critère d'analyse étant un accès aux paramétrages qui influe sur le traitement de données à caractère personnel aux fins de l'établissement des statistiques établies à partir des visites de la page fan. Ce critère de paramétrage est une précision importante dans l'évaluation de la responsabilité conjointe du traitement. Il ne faut donc pas opérer des amalgames qui donne-

<sup>222</sup> C.J.U.E., *ibidem*, point 30.

<sup>223</sup> C.J.U.E., *ibidem*, point 31.

<sup>224</sup> C.J.U.E., *ibidem*, point 36.

raient une extension à la notion de responsable du traitement non voulue par le législateur européen<sup>225</sup>.

La Cour considère aussi que le fait que les pages fan puissent être visitées par des personnes ne disposant pas d'un compte utilisateur sur Facebook, a comme conséquence que « la responsabilité de l'administrateur de la page fan à l'égard du traitement des données à caractère personnel de ces personnes apparaît encore plus importante, car la simple consultation de la page fan par des visiteurs déclenche automatiquement le traitement de leurs données à caractère personnel »<sup>226</sup> pour autant, bien entendu, qu'il réponde au critère fixé par la Cour et rappelé ci-dessus.

La Cour estime que « la reconnaissance d'une responsabilité conjointe de l'exploitant du réseau social et de l'administrateur d'une page fan hébergée sur ce réseau en relation avec le traitement des données personnelles des visiteurs de cette page fan contribue à assurer une protection plus complète des droits dont disposent les personnes qui visitent une page fan, conformément aux exigences de la directive 95/46 »<sup>227</sup>.

Dans un autre arrêt, en date du 10 juillet 2018, la Cour a précisé la notion de responsable conjoint en considérant, pour ce qui concerne les activités de prédications par des membres de la communauté des Témoins de Jéhovah, que « la communauté des témoins de Jéhovah, en organisant, coordonnant et encourageant l'activité de prédication de ses membres visant à diffuser sa foi, participe, conjointement avec ses membres prédicateurs, à la détermination de la finalité et des moyens des traitements de données à caractère personnel des personnes qui sont démarchées, ce qu'il appartient toutefois à la juridiction de renvoi d'apprécier au regard de l'ensemble des circonstances de l'espèce »<sup>228</sup>. Elle a précisé que cette analyse ne « saurait être remise en cause par le principe de l'autonomie organisationnelle des communautés religieuses, qui découle de l'article 17 TFUE. En effet, l'obligation de toute personne de se conformer aux règles du droit de l'Union relatives à la protection des données à caractère personnel ne peut être considérée comme une ingérence dans l'autonomie organisationnelle desdites communautés (voir, par analogie, arrêt du 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16, EU:C:2018:257, point 58) »<sup>229</sup>.

Il est intéressant de relever que la Cour a précisé que, pour être responsable conjoint, il fallait une réelle participation à la détermination de la finalité et des moyens des traitements de données à caractère personnel.

<sup>225</sup> Pour de telles extensions trop larges, voy., par exemple, l'avis n° 110/2018 du 17 octobre 2018 de l'Autorité de protection des données belge sur projet d'ordonnance (COCOM) portant sur la plate-forme d'échange électronique des données de santé (CO-A-2018-098).

<sup>226</sup> C.J.U.E., *ibidem*, point 41.

<sup>227</sup> C.J.U.E., *ibidem*, point 42.

<sup>228</sup> C.J.U.E., *Tietosuojavaltuutettu c. Jehovan todistajat – uskonnollinen yhdyskunta*, 10 juillet 2018, point 73.

<sup>229</sup> C.J.U.E., *ibidem*, point 74.

## C. LE CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL DE LA DIRECTIVE 95/46/CE

### 1. *La notion d'activités propres aux États ou aux autorités étatiques, étrangères aux domaines d'activité des particuliers*

La Cour rappelle, dans un arrêt du 10 juillet 2018, que la directive 95/46/CE, à l'instar du RGPD, « s'applique au traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier »<sup>230</sup>.

Elle a ensuite analysé les deux exceptions visées à l'article 3, § 2, de la directive dès lors que les témoins de Jehova considéraient que le traitement de données effectué dans le cadre de leurs activités de prédication de porte-à-porte ainsi que les traitements ultérieurs de ces données n'entraient pas dans le champ d'application de la directive.

Concernant l'article 3, § 2, premier tiret, de la directive, la Cour rappelle qu'il ne concerne que des « activités propres aux États ou aux autorités étatiques, étrangères aux domaines d'activité des particuliers »<sup>231</sup> et que « ces activités sont destinées à définir la portée de l'exception prévue à ladite disposition, de telle sorte que cette exception ne s'applique qu'aux activités qui y sont ainsi expressément mentionnées ou qui peuvent être rangées dans la même catégorie (arrêts du 6 novembre 2003, *Lindqvist*, C-101/01, EU:C:2003:596, points 43 et 44 ; du 16 décembre 2008, *Satakunnan Markkinapörssi et Satamedia*, C-73/07, EU:C:2008:727, point 41, ainsi que du 27 septembre 2017, *Puškár*, C-73/16, EU:C:2017:725, points 36 et 37) »<sup>232</sup>.

### 2. *La notion d'activités exclusivement personnelles ou domestiques*

Pour ce qui est de l'exception visée par ce même article 3, § 2, de la directive, mais au second tiret, relative au traitement de données effectué pour l'exercice d'activités exclusivement personnelles ou domestiques, la Cour rappelle que « les termes "personnelles ou domestiques", au sens de ladite disposition, se réfèrent à l'activité de la personne qui traite des données à caractère personnel et non pas à la personne dont les données sont traitées (voir, en ce sens, l'arrêt du 11 décembre 2014, *Ryneš*, C-212/13, EU:C:2014:2428, points 31 et 33) »<sup>233</sup>.

Elle ajoute que cette exception doit être interprétée « comme visant uniquement les activités qui s'insèrent dans le cadre de la vie privée ou familiale des particuliers. À cet égard, une activité ne saurait être considérée comme étant exclusivement personnelle ou domestique, au sens de cette disposition, lorsque son objet

<sup>230</sup> C.J.U.E., *ibidem*, point 36.

<sup>231</sup> C.J.U.E., *ibidem*, point 38.

<sup>232</sup> C.J.U.E., *ibidem*, point 38.

<sup>233</sup> C.J.U.E., *ibidem*, point 41.

est de rendre des données à caractère personnel accessibles à un nombre indéfini de personnes, ou encore lorsque cette activité s'étend, même partiellement, à l'espace public, et, de ce fait, est dirigée vers l'extérieur de la sphère privée de celui qui procède au traitement des données (voir, en ce sens, les arrêts du 6 novembre 2003, *Lindqvist*, C-101/01, EU:C:2003:596, point 47 ; du 16 décembre 2008, *Satakunnan Markkinapörssi et Satamedia*, C-73/07, EU:C:2008:727, point 44, ainsi que du 11 décembre 2014, *Ryneš*, C-212/13, EU:C:2014:2428, points 31 et 33) »<sup>234</sup>.

Forte de cette interprétation, la Cour a considéré que l'activité de prédication de porte-à-porte est « dirigée vers l'extérieur de la sphère privée des membres prédicateurs »<sup>235</sup> et que « certaines des données collectées par les membres prédicateurs de ladite communauté sont transmises par ceux-ci aux paroisses de cette communauté, lesquelles tiennent, à partir de ces données, des listes de personnes ne souhaitant plus recevoir de visites desdits membres »<sup>236</sup>. En conclusion, cette activité ne présente pas un caractère exclusivement personnel ou domestique<sup>237</sup>.

### 3. La notion de fichier

Dans ce même arrêt du 10 juillet 2018, la Cour a également eu l'occasion d'analyser la notion de fichier au sens de la directive 95/46/CE, reprise par le RGPD au demeurant. Ainsi, elle rappelle que « la notion de "fichier" couvre "tout ensemble structuré de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés, que cet ensemble soit centralisé, décentralisé ou réparti de manière fonctionnelle ou géographique" »<sup>238</sup>.

La Cour relève également que « si l'article 2, sous c), de cette directive ne précise pas les critères selon lesquels ce fichier doit être structuré, il ressort de ces mêmes considérants que ces critères doivent être "relatifs aux personnes" ».

Il apparaît donc que l'exigence selon laquelle l'ensemble de données à caractère personnel doit avoir un caractère "structuré selon des critères déterminés" vise uniquement à permettre que les données relatives à une personne puissent être retrouvées aisément »<sup>239</sup>.

En conclusion, « il apparaît ainsi que les données à caractère personnel collectées dans le cadre de l'activité de prédication de porte-à-porte en cause au principal sont structurées selon des critères retenus en fonction de l'objectif poursuivi par cette collecte, qui est de préparer des visites ultérieures et de gérer les listes de personnes ne souhaitant plus être démarchées. Ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, ces critères, au nombre desquels figurent notamment le nom et l'adresse

<sup>234</sup> C.J.U.E., *ibidem*, point 42.

<sup>235</sup> C.J.U.E., *ibidem*, point 44.

<sup>236</sup> C.J.U.E., *ibidem*, point 45.

<sup>237</sup> C.J.U.E., *ibidem*, point 49.

<sup>238</sup> C.J.U.E., *ibidem*, point 55.

<sup>239</sup> C.J.U.E., *ibidem*, point 57.



des personnes démarchées, leurs convictions ou encore leur souhait de ne plus recevoir de visites, sont choisis de sorte qu'ils puissent permettre de retrouver aisément les données relatives à des personnes déterminées»<sup>240</sup>.

## D. ACCÈS AUX DONNÉES PAR LES AUTORITÉS PUBLIQUES

La Cour a été saisie d'une question préjudicielle dans une cause relative à «une demande tendant à ordonner à divers fournisseurs de services de communications électroniques la transmission des numéros de téléphone activés, entre le 16 février et le 27 février 2015, avec le code relatif à l'identité internationale d'équipement mobile (ci-après le "code IMEI") du téléphone mobile volé ainsi que les données à caractère personnel relatives à l'identité civile des titulaires ou des utilisateurs des numéros de téléphone correspondant aux cartes SIM activées avec ce code, telles que leurs nom, prénom et, le cas échéant, adresse»<sup>241</sup>.

Dans cette affaire, la police judiciaire espagnole enquêtant sur un vol avec violence avait sollicité, auprès d'un juge d'instruction, l'autorisation d'accéder «aux données d'identification des utilisateurs des numéros de téléphone activés depuis le téléphone volé durant une période de douze jours à compter de la date du vol»<sup>242</sup>. Le juge a cependant refusé d'y faire droit au motif que les faits n'étaient pas constitutifs d'une infraction grave au sens de la loi espagnole. La question préjudicielle posée par la Cour provinciale de Tarragone suite à l'appel interjeté par le ministère public contre cette décision portait sur la directive 2002/58/CE vie privée et communications électroniques et les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

La Cour a ainsi eu l'occasion de préciser que «l'accès d'autorités publiques aux données visant à l'identification des titulaires des cartes SIM activées avec un téléphone mobile volé, telles que les nom, prénom et, le cas échéant, adresse de ces titulaires, comporte une ingérence dans les droits fondamentaux de ces derniers, consacrés à ces articles de la Charte, qui ne présente pas une gravité telle que cet accès devrait être limité, en matière de prévention, de recherche, de détection et de poursuite d'infractions pénales, à la lutte contre la criminalité grave»<sup>243</sup>.

## E. COMPÉTENCES DES AUTORITÉS DE CONTRÔLE

La Cour rappelle dans son arrêt du 5 juin 2018 que, sur base de l'article 28 de la directive 95/46/CE, «chaque autorité de contrôle exerce l'ensemble des pouvoirs qui lui ont été conférés par le droit national sur le territoire de l'État membre dont elle relève, afin d'assurer sur ce territoire le respect des règles en matière de

<sup>240</sup> C.J.U.E., *ibidem*, point 60.

<sup>241</sup> C.J.U.E., *Ministerio Fiscal*, C-207/16, 2 octobre 2018, point 20.

<sup>242</sup> *Idem*.

<sup>243</sup> C.J.U.E., *Ministerio Fiscal*, C-207/16, 2 octobre 2018, point 63.



protection des données»<sup>244</sup> et que «rien n'oblige une autorité de contrôle dont la compétence est reconnue en vertu de son droit national à faire sienne la solution retenue par une autre autorité de contrôle dans une situation analogue»<sup>245</sup>. Il appartient au responsable du traitement établi sur le territoire de plusieurs États membres de «prendre les mesures nécessaires pour assurer le respect, par chacun de ses établissements, des obligations prévues par le droit national applicable»<sup>246</sup>.

La Cour poursuit en précisant que «afin de déterminer si une autorité de contrôle est fondée, dans des circonstances telles que celles au principal, à exercer à l'égard d'un établissement situé sur le territoire de l'État membre dont elle relève les pouvoirs qui lui sont conférés par le droit national, il y a lieu de vérifier si les deux conditions posées par l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive 96/46 sont réunies, à savoir, d'une part, s'il s'agit d'un "établissement du responsable du traitement", au sens de cette disposition, et, d'autre part, si ledit traitement est effectué "dans le cadre des activités" de cet établissement, au sens de la même disposition»<sup>247</sup>.

La Cour rappelle également que la directive 95/46/CE «exige non pas qu'un tel traitement soit effectué "par" l'établissement concerné lui-même, mais uniquement qu'il le soit "dans le cadre des activités" de celui-ci»<sup>248</sup>.

### Jean Herveg

Directeur de Recherche au Centre de Recherche Information, Droit et Société  
Directeur de l'Unité «Libertés & Société de l'Information»  
Avocat au barreau de Bruxelles  
Auteur de la partie consacrée à la Cour européenne des droits de l'homme

### Jean-Marc Van Gyseghem

Directeur de Recherche au Centre de Recherche Information, Droit et Société  
Avocat barreau de Bruxelles  
Auteur de la partie consacrée aux juridictions de l'Union européenne

<sup>244</sup> C.J.U.E., *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein c. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*, C-210/16, 5 juin 2018, point 50. À noter que le RGPD maintient, en son article 55.1, le principe selon lequel «chaque autorité de contrôle est compétente pour exercer les missions et les pouvoirs dont elle est investie conformément au présent règlement sur le territoire de l'État membre dont elle relève» même si le règlement a pour objectif d'uniformiser le régime de protection des données à caractère personnel sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne.

<sup>245</sup> C.J.U.E., *ibidem*, point 70.

<sup>246</sup> C.J.U.E., *ibidem*, point 51.

<sup>247</sup> C.J.U.E., *ibidem*, point 53.

<sup>248</sup> C.J.U.E., *ibidem*, point 57. L'arrêt renvoie à celui rendu dans l'affaire *Google Spain* (C.J.U.E., *Google Spain et Google*, C-131/12, 13 mai 2014).